**Deutscher Bundestag**
**8. Wahlperiode**

**Drucksache 8/2136**

27.09.78

Sachgebiet 703

# Gesetzentwurf

## der Bundesregierung

## Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

### A. Zielsetzung

Ziel des Entwurfs ist die Verbesserung des kartellrechtlichen Instrumentariums und die Anpassung des geltenden Kartellrechts an geänderte Verhältnisse. Hierbei sollen insbesondere die Vorschriften über die Fusionskontrolle, die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, das Diskriminierungsverbot, die Unverbindliche Preisempfehlung, die Exportkartelle sowie über die Ausnahmebereiche Banken, Versicherungen und Versorgungswirtschaft wirksamer gestaltet werden.

### B. Lösung

Der Gesetzentwurf sieht im wesentlichen folgende Verbesserungen vor:

— Einführung eines Umgehungstatbestandes, um das Unterlaufen der Fusionskontrolle durch bestimmte Stimmrechts- und Anteilsrechtsgestaltungen zu verhindern (§ 23 Abs. 2 Nr. 2 Sätze 4 und 5),

— Einführung von zusätzlichen Marktbeherrschungsvermutungen, um konglomerate und vertikale Zusammenschlüsse besser erfassen zu können, die durch das Vordringen großer

Druck: Bonner Universitäts-Buchdruckerei, 5300 Bonn
Alleinvertrieb: Verlag Dr. Hans Heger, Postfach 20 08 21, Herderstraße 56, 5300 Bonn 2, Telefon (0 22 21) 36 35 51

Unternehmen auf mittelständisch strukturierte Märkte, durch die Kombination von Unternehmensgröße mit Marktbeherrschung oder durch die Größe des Zusammenschlusses schlechthin gekennzeichnet sind (§ 23 a Abs. 1),

— bessere Erfassung der weiteren Verstärkung von gesamtwirtschaftlich gewichtigen Oligopolstellungen durch Zusammenschluß (§ 23 a Abs. 2),

— Änderung der Anschlußklausel, die Zusammenschlüsse von großen mit kleinen und mittleren Unternehmen nunmehr weitgehend der Fusionskontrollpflicht unterwirft (§ 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 2),

— Schließung der Sanktionslücke bei der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen durch erweiterte Schadensersatzansprüche Geschädigter, die Abschöpfung von durch Mißbrauch erlangten Vermögensvorteilen sowie durch Verschärfung der sofortigen Vollziehbarkeit von Mißbrauchsverfügungen (§§ 35 Abs. 2, 37 b, 63, 63 a),

— bessere Erfassung von Diskriminierungen, die auf Mißbrauch von Nachfragemacht beruhen, im Rahmen des Diskriminierungsverbots (§ 26 Abs. 2 und 3),

— Verschärfung der Aufsicht über die Unverbindliche Preisempfehlung (§ 37 a),

— Einführung einer Anmelde- und Publizitätspflicht sowie einer Anhörungsmöglichkeit für den Ausnahmebereich Banken und Versicherungen (§ 102),

— Neuregelung der Mißbrauchsaufsicht über die Versorgungswirtschaft durch gesetzliche Erfassung wichtiger Mißbrauchstatbestände (§ 103),

— verstärkte Mißbrauchsaufsicht über Exportkartelle (§§ 12 Abs. 2, 98 Abs. 2),

— erhöhte Bußgeldandrohung bei Verstößen gegen das Kartellgesetz (§ 38 Abs. 4).

## C. Alternativen

keine

## D. Kosten

Für die Haushalte von Bund, Ländern und Gemeinden entstehen keine Kosten. Auf das allgemeine Preisniveau wirkt das Gesetz tendenziell dämpfend.

Bundesrepublik Deutschland
Der Bundeskanzler
14 (42) — 610 10 — Ka 26/78

Bonn, den 27. September 1978

An den Herrn
Präsidenten des Deutschen Bundestages

Hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Begründung (Anlage 1). Ich bitte, die Beschlußfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist der Bundesminister für Wirtschaft.

Der Bundesrat hat in seiner 461. Sitzung am 7. Juli 1978 gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie aus der Anlage 2 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der als Anlage 3 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.

Schmidt

Anlage 1

# Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. April 1974 (BGBl. I S. 869), zuletzt geändert durch Artikel 59 des Gesetzes vom 14. Dezember 1976 (BGBl. I S. 3341), wird wie folgt geändert:

1. § 12 erhält folgende Fassung:

„§ 12

(1) Bei Verträgen und Beschlüssen der in §§ 2, 3, 5 Abs. 1 und 4, § 5 a Abs. 1 und § 5 b Abs. 1 bezeichneten Art kann die Kartellbehörde die in Absatz 3 bezeichneten Maßnahmen treffen,

1. soweit die Verträge und Beschlüsse oder die Art ihrer Durchführung einen Mißbrauch der durch Freistellung von § 1 erlangten Stellung im Markt darstellen oder
2. soweit sie die von der Bundesrepublik Deutschland in zwischenstaatlichen Abkommen anerkannten Grundsätze über den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen verletzen.

(2) Bei Verträgen und Beschlüssen der in § 6 Abs. 1 bezeichneten Art kann die Kartellbehörde die in Absatz 3 bezeichneten Maßnahmen treffen, soweit

1. die in Absatz 1 Nr. 2 genannten Voraussetzungen vorliegen oder
2. die Anwendung der Verträge oder Beschlüsse überwiegende außenwirtschaftliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland erheblich beeinträchtigt.

(3) Die Kartellbehörde kann

1. den beteiligten Unternehmen aufgeben, einen beanstandeten Mißbrauch abzustellen,
2. den beteiligten Unternehmen aufgeben, die Verträge oder Beschlüsse zu ändern oder
3. die Verträge und Beschlüsse für unwirksam erklären."

2. § 22 Abs. 3 Satz 2 erhält folgende Fassung:

„Für die Berechnung der Marktanteile und der Umsatzerlöse gilt § 23 Abs. 1 Satz 2 bis 10 entsprechend."

3. § 23 wird wie folgt geändert:

a) Dem Absatz 1 werden folgende Sätze 8, 9 und 10 angefügt:

„Beim Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil ist für die Berechnung der Marktanteile, der Beschäftigtenzahl und der Umsatzerlöse des Veräußerers nur auf den veräußerten Vermögensteil abzustellen. Satz 8 gilt entsprechend für den Erwerb von Anteilen, soweit dabei weniger als 25 vom Hundert der Anteile beim Veräußerer verbleiben und der Zusammenschluß nicht die Voraussetzungen des Absatzes 2 Nr. 2 Satz 3 und Nr. 5 erfüllt. Steht einer Person oder Personenvereinigung, die nicht Unternehmen ist, die Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen zu, so gilt sie als Unternehmen."

b) In Absatz 2 Nr. 2 wird Satz 4 durch folgende Sätze 4 und 5 ersetzt:

„Als Zusammenschluß gilt auch der Erwerb von Anteilen, soweit dem Erwerber durch Vertrag, Satzung, Gesellschaftsvertrag oder Beschluß eine Rechtsstellung verschafft ist, die bei der Aktiengesellschaft ein Aktionär mit mehr als 25 vom Hundert des stimmberechtigten Kapitals innehat. Anteilen an einem Unternehmen stehen Stimmrechte gleich."

c) Absatz 6 Satz 3 erhält folgende Fassung:

„§ 46 Abs. 2, 5 und 9 gilt entsprechend."

4. Nach § 23 wird folgender § 23 a eingefügt:

„§ 23 a

(1) Unbeschadet des § 22 Abs. 1 bis 3 wird für die Zusammenschlußkontrolle vermutet, daß durch den Zusammenschluß eine überragende Marktstellung entstehen oder sich verstärken wird, wenn

1. sich ein Unternehmen, das im letzten vor dem Zusammenschluß endenden Geschäftsjahr Umsatzerlöse von mindestens zwei Milliarden Deutscher Mark hatte, mit einem anderen Unternehmen zusammenschließt, das
   a) auf einem Markt tätig ist, auf dem kleine und mittlere Unternehmen insgesamt einen Marktanteil von mindestens zwei Dritteln und die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen insgesamt einen Marktanteil von mindestens fünf vom Hundert haben, oder

b) auf einem oder mehreren Märkten marktbeherrschend ist, auf denen insgesamt im letzten abgeschlossenen Kalenderjahr mindestens 100 Millionen Deutscher Mark umgesetzt wurden oder

2. die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen im letzten vor dem Zusammenschluß endenden Geschäftsjahr insgesamt Umsatzerlöse von mindestens zehn Milliarden Deutscher Mark und mindestens zwei der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen Umsatzerlöse von jeweils mindestens einer Milliarde Deutscher Mark hatten; die Vermutung gilt nicht, soweit der Zusammenschluß auch die Voraussetzungen des § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 erfüllt und das Gemeinschaftsunternehmen nicht auf einem Markt tätig ist, auf dem im letzten Kalenderjahr mindestens 500 Millionen Deutscher Mark umgesetzt wurden.

(2) Für die Zusammenschlußkontrolle gelten auch zwei oder drei Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt die höchsten Marktanteile und zusammen einen Marktanteil von 50 vom Hundert erreichen, es sei denn, die Unternehmen in ihrer Gesamtheit haben im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung. Satz 1 gilt nicht, wenn

1. zu der Gesamtheit Unternehmen zählen, die im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Umsatzerlöse von weniger als 500 Millionen Deutscher Mark hatten oder
2. durch den Zusammenschluß ausschließlich ein Markt betroffen ist, auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als 100 Millionen Deutscher Mark umgesetzt wurden oder
3. die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen insgesamt einen Marktanteil von nicht mehr als 15 vom Hundert erreichen.

§ 22 Abs. 1 bis 3 bleibt im übrigen unberührt.

(3) Bei der Berechnung der Umsatzerlöse und Marktanteile ist § 23 Abs. 1 Satz 2 bis 6 und 8 bis 10 anzuwenden."

5. § 24 Abs. 8 und 9 erhält folgende Fassung:

„(8) Die Absätze 1 bis 7 gelten nicht,

1. wenn die beteiligten Unternehmen insgesamt im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Umsatzerlöse von weniger als 500 Millionen Deutscher Mark hatten oder
2. wenn sich ein Unternehmen, das nicht abhängig ist und im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Umsatzerlöse von nicht mehr als 50 Millionen Deutscher Mark hatte, einem anderen Unternehmen anschließt, es sei denn, das eine Unternehmen hatte Umsatzerlöse von mindestens zwei Millionen Deutscher Mark und das andere Unternehmen Umsatzerlöse von mindestens einer Milliarde Deutscher Mark, oder
3. soweit ein Markt betroffen ist, auf dem seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als zehn Millionen Deutscher Mark umgesetzt wurden.

Bei der Berechnung der Umsatzerlöse ist § 23 Abs. 1 Satz 2 bis 10 anzuwenden.

(9) Absatz 8 Satz 1 Nr. 2 ist nicht anzuwenden, soweit durch den Zusammenschluß der Wettbewerb beim Verlag, bei der Herstellung oder beim Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften oder deren Bestandteilen im Sinne des Absatzes 1 beschränkt wird."

6. § 24 a wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Satz 2 erhält folgende Fassung:

„Das Vorhaben ist beim Bundeskartellamt anzumelden, wenn

1. eines der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Umsatzerlöse von mindestens zwei Milliarden Deutscher Mark hatte oder
2. mindestens zwei der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Umsatzerlöse von jeweils einer Milliarde Deutscher Mark oder mehr hatten oder
3. der Zusammenschluß nach Landesrecht durch Gesetz oder sonstigen Hoheitsakt bewirkt werden soll."

b) Absatz 1 Satz 5 erhält folgende Fassung:

„§ 46 Abs. 9 findet auf die anläßlich der Anmeldung erlangten Kenntnisse und Unterlagen entsprechende Anwendung."

c) Absatz 4 erster Halbsatz erhält folgende Fassung:

„Ist ein Zusammenschlußvorhaben nach Absatz 1 Satz 2 anzumelden, so ist es unzulässig, den Zusammenschluß vor dem Ablauf der in Absatz 2 Satz 1 genannten Frist von einem Monat und, wenn das Bundeskartellamt die Mitteilung nach Absatz 2 Satz 1 gemacht hat, vor dem Ablauf der dort genannten Frist von vier Monaten oder deren vereinbarter Verlängerung zu vollziehen oder am Vollzug dieses Zusammenschlusses mitzuwirken, es sei denn, das Bundeskartellamt hat demjenigen, der die Anmeldung bewirkt hat, vor Ablauf der in Absatz 2 Satz 1 genannten Fristen schriftlich mitgeteilt, daß das Zusammenschlußvorhaben die Untersagungsvoraussetzungen des § 24 Abs. 1 nicht erfüllt;"

7. § 24 b Abs. 5 erhält folgende Fassung:

„(5) Die Monopolkommission erstellt alle zwei Jahre bis zum 30. Juni, erstmals zum

30. Juni 1976, ein Gutachten, das sich auf die Verhältnisse in den letzten beiden abgeschlossenen Kalenderjahren erstreckt, und leitet es der Bundesregierung unverzüglich zu. Die Gutachten nach Satz 1 werden den gesetzgebenden Körperschaften von der Bundesregierung unverzüglich vorgelegt und zum gleichen Zeitpunkt von der Monopolkommission veröffentlicht. Zu diesen Gutachten nimmt die Bundesregierung in angemessener Frist gegenüber den gesetzgebenden Körperschaften Stellung. Darüber hinaus kann die Monopolkommission nach ihrem Ermessen zusätzliche Gutachten erstellen. Die Bundesregierung kann sie mit der Erstattung zusätzlicher Gutachten beauftragen. Die Monopolkommission leitet Gutachten nach Satz 4 und 5 der Bundesregierung zu und veröffentlicht sie. Der Bundesminister für Wirtschaft kann auch in Einzelfällen, die ihm nach § 24 Abs. 3 zur Entscheidung vorliegen, eine gutachtliche Stellungnahme der Monopolkommission einholen."

8. § 26 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden die Worte „bestimmte Wettbewerber" durch die Worte „bestimmte Unternehmen" ersetzt.

b) Absatz 2 wird folgender Satz 3 angefügt:

„Für das Untersagungsverfahren nach § 37 a Abs. 2 wird vermutet, daß ein Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen von einem Nachfrager abhängig im Sinne des Satzes 2 ist, wenn dieser Nachfrager bei ihm zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden."

c) Folgender Absatz 3 wird angefügt:

„(3) Marktbeherrschende Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 dürfen ihre Marktstellung nicht dazu ausnutzen, andere Unternehmen im Geschäftsverkehr zu veranlassen, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorzugsbedingungen zu gewähren. Satz 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Sinne des Absatzes 2 Satz 2 im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen."

9. § 35 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 2 eingefügt:

„(2) Wer vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine von der Kartellbehörde oder dem Beschwerdegericht erlassene Verfügung im Sinne des Absatzes 1 verstößt, hat, sofern die Verfügung oder die Feststellung nach § 70 Abs. 3 unanfechtbar wird, den Schaden zu ersetzen, der von der Zustellung der Verfügung an entstanden ist."

b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3.

10. Der Siebente Abschnitt erhält die Überschrift „Untersagungsverfahren, Mehrerlösabschöpfung".

11. Nach § 37 a wird folgender § 37 b eingefügt:

„§ 37 b

(1) Hat ein Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig durch ein Verhalten, das die Kartellbehörde mit einer Verfügung nach § 22 Abs. 5 oder § 103 Abs. 6 untersagt hat, nach Zustellung der Verfügung einen Mehrerlös erlangt, so kann die Kartellbehörde nach Eintritt der Unanfechtbarkeit der Verfügung oder der Feststellung nach § 70 Abs. 3 anordnen, daß das Unternehmen einen dem Mehrerlös entsprechenden Geldbetrag an die Kartellbehörde abführt (Mehrerlösabschöpfung). Satz 1 gilt nicht, soweit der Mehrerlös durch Schadensersatzleistungen nach § 35 Abs. 2 oder durch Geldbuße ausgeglichen ist. Die Mehrerlösabschöpfung darf nur innerhalb einer Frist von drei Jahren seit Eintritt der Unanfechtbarkeit der Verfügung oder der Feststellung nach § 70 Abs. 3 angeordnet werden.

(2) Wäre die Durchführung der Mehrerlösabschöpfung eine unbillige Härte, so soll die Anordnung auf einen angemessenen Geldbetrag beschränkt werden oder ganz unterbleiben. Sie soll auch unterbleiben, wenn der Mehrerlös gering ist.

(3) Die Höhe des Mehrerlöses kann geschätzt werden. Der abzuführende Geldbetrag ist zahlenmäßig zu bestimmen.

(4) Legt ein Unternehmen, gegen das die Abführung des Mehrerlöses angeordnet ist, der Kartellbehörde eine rechtskräftige Entscheidung vor, nach der es zur Leistung von Schadensersatz wegen desselben mißbräuchlichen Verhaltens verpflichtet ist, so ordnet die Kartellbehörde an, daß die Anordnung der Abführung des Mehrerlöses insoweit nicht mehr vollstreckt wird. Ist der Mehrerlös bereits an die Kartellbehörde abgeführt worden und weist das Unternehmen die Zahlung des Schadensersatzes auf Grund der rechtskräftigen Entscheidung an den Geschädigten nach, so erstattet die Kartellbehörde dem Unternehmen den abgeführten Mehrerlös in Höhe der nachgewiesenen Schadensersatzleistung zurück."

12. § 38 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Nr. 2 erhält folgende Fassung:

„2. sich vorsätzlich oder fahrlässig über die Unwirksamkeit eines Vertrages oder Beschlusses hinwegsetzt, den die Kartellbehörde nach § 3 Abs. 4, § 12 Abs. 3 Nr. 3, § 17 Abs. 1, §§ 18, 22 Abs. 5, § 24 Abs. 7 Nr. 3, § 102 Abs. 4 oder 5, § 102 a Abs. 2, § 103 Abs. 6 Nr. 3 oder § 104

Abs. 2 Nr. 3 durch unanfechtbar gewordene Verfügung für unwirksam erklärt hat",

b) Absatz 1 Nr. 4 erhält folgende Fassung:

„4. vorsätzlich oder fahrlässig einer unanfechtbar gewordenen Verfügung nach Absatz 3, § 2 Abs. 3 Nr. 1, § 17 Abs. 1, §§ 18, 22 Abs. 5, § 24 Abs. 7 Nr. 2, §§ 27, 37 a, 38 a Abs. 4 oder 7, § 102 Abs. 4 oder 5, § 102 a Abs. 2, § 103 Abs. 6 Nr. 1 oder § 104 Abs. 2 Nr. 1 zuwiderhandelt, soweit sie ausdrücklich auf diese Bußgeldvorschrift verweist",

c) Absatz 1 Nr. 5 erhält folgende Fassung:

„5. vorsätzlich oder fahrlässig einer einstweiligen Anordnung nach den §§ 56 oder 63 Abs. 3, einer Anordnung nach § 63 a oder einer vollziehbaren Verfügung nach § 22 Abs. 5, § 38 a Abs. 4 oder 7 oder § 103 Abs. 6 zuwiderhandelt, die ausdrücklich auf diese Bußgeldvorschrift verweist",

d) Absatz 1 Nr. 12 erhält folgende Fassung:

„12. Abnehmern seiner Ware empfiehlt, bei der Weiterveräußerung an Dritte bestimmte Preise zu fordern oder anzubieten, bestimmte Arten der Preisfestsetzung anzuwenden oder bestimmte Ober- oder Untergrenzen bei der Preisfestsetzung zu beachten."

e) Absatz 4 erhält folgende Fassung:

„(4) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu einer Million Deutscher Mark, über diesen Betrag hinaus bis zur dreifachen Höhe des durch die Zuwiderhandlung erlangten Mehrerlöses geahndet werden. Die Höhe des Mehrerlöses kann geschätzt werden."

f) Nach Absatz 4 wird folgender neuer Absatz 5 angefügt:

„(5) Die Verjährung der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1 richtet sich nach den Vorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten auch dann, wenn die Tat durch Verbreiten von Druckschriften begangen wird."

13. § 38 a wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Nr. 1 erhält folgende Fassung:

„1. ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind, ausschließlich eine bestimmte Preisangabe enthalten und zu ihrer Durchsetzung kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck angewendet wird und"

b) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 3 eingefügt:

„(3) Empfehlungen der in Absatz 1 bezeichneten Art sind dem Bundeskartellamt unverzüglich anzuzeigen. Die Anzeige muß folgende Angaben enthalten:

1. Firma oder sonstige Bezeichnung und Anschrift des preisempfehlenden Unternehmens;
2. die Erzeugnisse oder Erzeugnisgruppen, für die Empfehlungen ausgesprochen werden;
3. die Art der Bekanntgabe der Empfehlung.

Änderungen der angezeigten Angaben und die Aufgabe der Empfehlungen sind dem Bundeskartellamt ebenfalls unverzüglich anzuzeigen."

c) Die bisherigen Absätze 3 bis 6 werden Absätze 4 bis 7.

d) Absatz 4 Nr. 3 erhält folgende Fassung:

„3. der empfohlene Preis in einer Mehrzahl von Fällen die tatsächlich geforderten Preise im gesamten Geltungsbereich dieses Gesetzes oder in einem wesentlichen Teil davon erheblich übersteigt."

e) Die Absätze 5 bis 7 erhalten folgende Fassung:

„(5) Die Kartellbehörde kann von Unternehmen Auskunft verlangen, soweit dies zur Prüfung der Voraussetzungen des Absatzes 4 erforderlich ist. § 46 Abs. 2, 5 und 9 gilt entsprechend. Zur Erteilung der Auskunft hat die Kartellbehörde eine angemessene Frist zu bestimmen. Die Befugnisse der Kartellbehörde nach § 46 bleiben unberührt.

(6) Vor einer Verfügung nach Absatz 4 soll die Kartellbehörde das preisempfehlende Unternehmen auffordern, den beanstandeten Mißbrauch abzustellen.

(7) Die Kartellbehörde kann einem Unternehmen die Anwendung von Empfehlungen der in Absatz 1 bezeichneten Art verbieten, wenn gegen das Unternehmen bereits

1. zwei unanfechtbar gewordene Verfügungen nach Absatz 4 oder
2. zwei rechtskräftig gewordene Bußgeldbescheide nach § 38 Abs. 1 Nr. 11 oder 12 oder
3. eine unanfechtbar gewordene Verfügung nach Absatz 4 und ein rechtskräftig gewordener Bußgeldbescheid nach § 38 Abs. 1 Nr. 11 oder 12

ergangen sind und zu besorgen ist, daß das Unternehmen weiterhin ordnungswidrige oder mißbräuchliche Empfehlungen aussprechen wird. Die Kartellbehörde kann das Ver-

bot auf Antrag des Unternehmens aufheben, wenn besondere Umstände die Annahme rechtfertigen, daß ein erneuter Mißbrauch der in Absatz 4 bezeichneten Art oder eine erneute Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 Nr. 11 oder 12 nicht mehr zu erwarten ist."

14. § 39 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 Nr. 1 wird die Verweisung „§ 38 a Abs. 4" durch „§ 38 a Abs. 5" ersetzt.

b) In Absatz 1 Nr. 2 wird hinter den Worten „nach § 23 Abs. 1 bis 5" die Verweisung „oder § 38 a Abs. 3" eingefügt.

15. § 44 Abs. 1 wird wie folgt geändert:

a) Nummer 1 Buchstabe a erhält folgende Fassung:

„a) gegenüber Kartellen im Sinne der §§ 4, 6 und 7, soweit diese Aufgaben und Befugnisse nicht dem Bundesminister für Wirtschaft übertragen sind";

b) Nummer 2 erhält folgende Fassung:

„2. der Bundesminister für Wirtschaft in den Fällen der §§ 8, 12 Abs. 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 1 und des § 24 Abs. 1 in Verbindung mit Absatz 3 bis 5";

16. § 50 Abs. 1 Satz 1 erhält folgende Fassung:

„Das Bundeskartellamt veröffentlicht jeweils nach dem Jahr, in dem die Monopolkommission ein Gutachten nach § 24 b Abs. 5 Satz 1 zu erstatten hat, einen Bericht über seine Tätigkeit in den beiden vorangegangenen Kalenderjahren sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet."

17. § 56 Nr. 3 erhält folgende Fassung:

„3. eine Verfügung nach § 3 Abs. 4, § 12 Abs. 3, § 17 Abs. 1, §§ 18, 22 Abs. 5, § 24 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 5 bis 7, §§ 27, 31 Abs. 3, §§ 37 a, 38 Abs. 3, § 38 a Abs. 4 oder 7, § 102 Abs. 4 oder 5, § 102 a Abs. 2, § 103 Abs. 6 oder § 104 Abs. 2"

18. § 58 Nr. 4 erhält folgende Fassung:

„4. die nach § 12 Abs. 3, § 17 Abs. 1, §§ 18, 22 Abs. 5, §§ 27, 38 Abs. 3, § 38 a Abs. 4 oder 7, § 102 Abs. 4 oder 5, § 102 a, § 103 Abs. 6 oder § 104 Abs. 2 ergehen",

19. § 63 Abs. 1 Nr. 2 erhält folgende Fassung:

„2. eine Verfügung nach § 3 Abs. 4, § 12 Abs. 3, § 17 Abs. 1, §§ 18, 20 Abs. 3 Satz 2, §§ 27, 31 Abs. 3, §§ 37 a, 37 b Abs. 1, 38 Abs. 3, § 102 Abs. 4 oder 5, § 102 a Abs. 2 oder § 104 Abs. 2 getroffen wird."

20. § 63 a Abs. 3 und 4 erhält folgende Fassung:

„(3) Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise wiederherstellen, wenn

1. die Voraussetzungen für die Anordnung nach Absatz 1 nicht vorgelegen haben oder nicht mehr vorliegen oder
2. ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen oder
3. die Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

In den Fällen, in denen die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat, kann die Kartellbehörde die Vollziehung aussetzen; die Aussetzung soll erfolgen, wenn die Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 3 vorliegen. Das Beschwerdegericht kann auf Antrag die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen, wenn die Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2 oder 3 vorliegen.

(4) Der Antrag nach Absatz 3 Satz 1 oder 3 ist schon vor Einreichung der Beschwerde zulässig. Die Tatsachen, auf die der Antrag gestützt wird, sind vom Antragsteller glaubhaft zu machen. Ist die Verfügung im Zeitpunkt der Entscheidung schon vollzogen, kann das Gericht auch die Aufhebung der Vollziehung anordnen. Die Wiederherstellung und die Anordnung der aufschiebenden Wirkung können von der Leistung einer Sicherheit oder von anderen Auflagen abhängig gemacht werden. Sie können auch befristet werden."

21. § 70 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 3 eingefügt:

„(3) Hat sich eine Verfügung nach § 22 Abs. 5 oder § 103 Abs. 6 wegen nachträglicher Änderung der tatsächlichen Verhältnisse oder auf andere Weise erledigt, so spricht das Beschwerdegericht auf Antrag aus, ob, in welchem Umfang und bis zu welchem Zeitpunkt die Verfügung begründet gewesen ist."

b) Die bisherigen Absätze 3 bis 5 werden Absätze 4 bis 6.

22. § 80 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 Satz 2 Nr. 1 und 2 erhält folgende Fassung:

„1. Anmeldungen nach § 9 Abs. 2 – auch in Verbindung mit § 99 Abs. 3 Satz 1 und § 103 Abs. 3 –, § 24 a Abs. 1, § 38 Abs. 2 Nr. 2 und 3, § 99 Abs. 3 Satz 3 und Absatz 4, § 100 Abs. 1 Satz 2, § 102 Abs. 1

Nr. 1 Buchstabe b, auch in Verbindung mit Absatz 5, sowie § 102 a Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Satz 1;

2. Amtshandlungen auf Grund des § 3 Abs. 4, §§ 4, 5 Abs. 2 und 3, § 6 Abs. 2 und 4, §§ 7, 8, 11, 12, 14, 17, 18, 20 bis 22, 24, 24 a 27, 28, 31, 37 a, 38 Abs. 3, § 38 a Abs. 4 oder 7, §§ 56, 91, 102, 102 a Abs. 2, §§ 103, 104 und 105";

c) Absatz 3 Satz 2 Nr. 5 und 6 erhält folgende Fassung:

„5. 5000 DM in den Fällen des § 6 Abs. 1, § 17 Abs. 1, §§ 18, 20 Abs. 3, §§ 21, 28 Abs. 3, § 38 Abs. 3, § 38 a Abs. 4 und 7, § 99 Abs. 3 Satz 1, § 102 Abs. 4, § 102 a Abs. 2, § 103 Abs. 6 und § 104 Abs. 2;

6. 2500 DM in den Fällen des § 5 Abs. 1, § 27 Abs. 1, §§ 37 a, 99 Abs. 3 Satz 3, § 100 Abs. 1 Satz 2, § 102 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b, auch in Verbindung mit Absatz 5, § 102 a Abs. 1 Satz 3 und § 103 Abs. 3";

23. § 82 Abs. 1 wird folgender Satz 2 angefügt:

„§ 140 Abs. 1 Nr. 1 der Strafprozeßordnung in Verbindung mit § 46 Abs. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten findet keine Anwendung."

24. § 98 Abs. 2 wird folgender Satz 2 angefügt:

„Es findet auch Anwendung auf Ausfuhrkartelle im Sinne des § 6 Abs. 1, soweit an ihnen Unternehmen mit Sitz im Geltungsbereich dieses Gesetzes beteiligt sind."

25. § 100 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 3 erhält folgende Fassung:

„(3) § 15 gilt nicht, soweit

1. Erzeugerbetriebe oder Vereinigungen von Erzeugerbetrieben die Abnehmer von Saatgut, das den Vorschriften des Saatgutverkehrsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Juni 1975 (BGBl. I S. 1453) unterliegt, oder

2. nach dem Tierzuchtgesetz vom 20. April 1976 (BGBl. I S. 1045) anerkannte Zuchtunternehmen oder Züchtervereinigungen die Abnehmer von Tieren, die zur Vermehrung in einem mehrstufigen Zuchtverfahren bestimmt sind,

rechtlich oder wirtschaftlich binden, bei der Weiterveräußerung bestimmte Preise zu vereinbaren oder ihren Abnehmern die gleiche Bindung bis zur Weiterveräußerung an den letzten Verbraucher aufzuerlegen."

b) Absatz 6 erhält folgende Fassung:

„(6) Erzeugerbetriebe im Sinne dieses Gesetzes sind Betriebe, die die in Absatz 5 Nr. 1 genannten Erzeugnisse erzeugen oder gewinnen. Als Erzeugerbetriebe gelten auch Pflanzen- oder Tierzuchtbetriebe und die auf der Stufe dieser Betriebe tätigen Unternehmen."

c) Absatz 8 erhält folgende Fassung:

„(8) Dieses Gesetz findet keine Anwendung, soweit folgende Gesetze und die darauf beruhenden Rechtsverordnungen eine nach dem Ersten Teil verbotene Wettbewerbsbeschränkungen zulassen:

1. Getreidegesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. August 1977 (BGBl. I S. 1521),

2. Zuckergesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 7844–1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 14. Dezember 1976 (BGBl. I S. 3341),

3. Milch- und Fettgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 7842–1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 14. Dezember 1976 (BGBl. I S. 3341),

4. Vieh- und Fleischgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. März 1977 (BGBl. I S. 477)."

26. § 102 erhält folgende Fassung:

„§ 102

(1) Die §§ 1, 15 und 38 Abs. 1 Nr. 11 finden keine Anwendung auf Verträge und Empfehlungen von Kreditinstituten oder Versicherungsunternehmen sowie auf Beschlüsse und Empfehlungen von Vereinigungen dieser Unternehmen, wenn

1. der Vertrag, der Beschluß oder die Empfehlung

   a) im Zusammenhang mit Tatbeständen steht, die auf Grund eines Gesetzes der Genehmigung oder Überwachung durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, durch das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen oder durch die Versicherungsaufsichtsbehörden der Länder unterliegen, soweit diese letzteren die Aufsicht nach dem Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen wahrnehmen,

   b) bei der zuständigen Aufsichtsbehörde angemeldet worden ist, die eine Ausfertigung der Anmeldung an die Kartellbehörde weiterleitet, und

2. eine Frist von drei Monaten abgelaufen ist.

Der Ablauf der Frist nach Satz 1 läßt die Anwendung des Absatzes 4 sowie der §§ 22 und 26 unberührt. Verträge im Sinne des § 15 und die für den Einzelfall vereinbarte gemeinsame Über-

nahme von Einzelrisiken im Mit- und Rückversicherungsgeschäft sowie im Konsortialgeschäft der Kreditinstitute sind nicht meldepflichtig.

(2) Die Aufsichtsbehörde hat Näheres über den Inhalt der Anmeldung zu bestimmen. In der Anmeldung ist die Wettbewerbsbeschränkung zu begründen. Die Anmeldung gilt nur als bewirkt, wenn sie die von der Aufsichtsbehörde bestimmten Voraussetzungen und die Begründung für die Wettbewerbsbeschränkung enthält.

(3) Die angemeldeten Verträge, Beschlüsse und Empfehlungen sind durch die Kartellbehörde im Bundesanzeiger bekanntzumachen. Für den Inhalt der Bekanntmachung gilt § 9 Abs. 4 Nr. 3, 5 und 6 entsprechend; bei Empfehlungen ist ferner bekanntzumachen, wer sie angemeldet hat und an wen sie gerichtet sind. Die Kartellbehörde hat dabei schutzwürdige Belange Dritter zu berücksichtigen; sie kann aus diesem Grunde und in Fällen, in denen die Beschränkung des Wettbewerbs offensichtlich geringfügig ist, auch von der Bekanntmachung absehen oder sie zu einem späteren Zeitpunkt vornehmen. Innerhalb der Frist von drei Monaten soll die Kartellbehörde den von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Wirtschaftskreisen Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Satz 4 und Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 gelten nicht, soweit die zuständige Aufsichtsbehörde im Einvernehmen mit der Kartellbehörde feststellt, daß es gerechtfertigt ist, den angemeldeten Vertrag oder Beschluß oder die Empfehlung zu einem bestimmten früheren Zeitpunkt anzuwenden.

(4) In den Fällen des Absatzes 1 kann die Kartellbehörde den Kreditinstituten oder Versicherungsunternehmen sowie den Vereinigungen solcher Unternehmen Maßnahmen untersagen, Verträge und Beschlüsse im Sinne der §§ 1 und 15 für unwirksam sowie Empfehlungen im Sinne des § 38 Abs. 1 Nr. 11 für unzulässig erklären, die einen Mißbrauch der durch Freistellung von den §§ 1, 15 und 38 Abs. 1 Nr. 11 erlangten Stellung im Markt darstellen. Die Entscheidung der Kartellbehörde ergeht im Einvernehmen mit der zuständigen Aufsichtsbehörde. Die Aufsichtsbehörde kann das Einvernehmen nur aus aufsichtsrechtlichen Gründen verweigern.

(5) Die Absätze 1 bis 4 gelten auch für die in § 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen genannten Unternehmen.

(6) Gelingt es in den Fällen der Absätze 3 oder 4 nicht, das Einvernehmen zwischen den zuständigen Behörden herzustellen, so ersetzt die Weisung des Bundesministers für Wirtschaft das Einvernehmen der zuständigen Behörden; die Weisung ergeht im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Finanzen. Sind die Kartellbehörde und die zuständige Aufsichtsbehörde Landesbehörden, so entscheidet, falls ein Einvernehmen nicht herzustellen ist, die nach Landesrecht zuständige Stelle."

27. Nach § 103 Abs. 4 werden folgende Absätze 5 bis 7 angefügt:

„(5) In den Fällen des Absatzes 1 kann die Kartellbehörde unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Freistellung, insbesondere der Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung, die in Absatz 6 bezeichneten Maßnahmen treffen,

1. soweit die Verträge oder die Art ihrer Durchführung einen Mißbrauch der durch Freistellung von den Vorschriften dieses Gesetzes erlangten Stellung im Markt darstellen oder
2. soweit sie die von der Bundesrepublik Deutschland in zwischenstaatlichen Abkommen anerkannten Grundsätze über den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen verletzen.

Ein Mißbrauch im Sinne des Satzes 1 Nr. 1 liegt insbesondere vor, wenn

1. das Marktverhalten eines Versorgungsunternehmens den Grundsätzen zuwiderläuft, die für das Marktverhalten von Unternehmen bei wirksamem Wettbewerb bestimmend sind, oder
2. ein Versorgungsunternehmen spürbar ungünstigere Preise oder Geschäftsbedingungen fordert als gleichartige Versorgungsunternehmen, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, daß die Abweichung auf Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind, oder
3. ein Versorgungsunternehmen ein anderes Versorgungsunternehmen oder ein sonstiges Unternehmen in der Verwertung von in eigenen Anlagen erzeugter Energie unbillig behindert.

(6) Die Kartellbehörde kann

1. den beteiligten Unternehmen aufgeben, einen beanstandeten Mißbrauch abzustellen,
2. den beteiligten Unternehmen aufgeben, die Verträge oder Beschlüsse zu ändern oder
3. die Verträge und Beschlüsse für unwirksam erklären.

(7) Absatz 5 gilt für Mißbrauchsverfahren gegen Versorgungsunternehmen nach § 22 Abs. 5 entsprechend."

28. § 104 Abs. 1 erster Halbsatz erhält folgende Fassung:

„In den Fällen des § 99 Abs. 2 und des § 100 kann die Kartellbehörde die in Absatz 2 bezeichneten Maßnahmen treffen,".

29. § 106 wird wie folgt geändert:

    a) In Absatz 2 wird jeweils die Verweisung „§ 102 Abs. 1 Satz 2 — auch in Verbindung mit Absatz 3" — durch „§ 102" ersetzt.

    b) In Absatz 3 wird die Verweisung „§ 100 Abs. 1 Satz 2" durch „§ 100" ersetzt.

Artikel 2

Der Bundesminister für Wirtschaft kann den Wortlaut des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der vom Inkrafttreten dieses Gesetzes an geltenden Fassung im Bundesgesetzblatt bekanntmachen.

Artikel 3

Dieses Gesetz gilt nach Maßgabe des § 13 Abs. 1 des Dritten Überleitungsgesetzes auch im Land Berlin.

Artikel 4

(1) Dieses Gesetz tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft. Artikel 1 Nr. 3 bis 6 tritt mit Wirkung vom . . . in Kraft.

(2) Die rückwirkende Anwendung in Verbindung mit den §§ 38 und 39 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist ausgeschlossen.

## Begründung

### I. Allgemeiner Überblick über Inhalt und Grundgedanken des Entwurfs

Ziel des Entwurfs eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist die Anpassung des geltenden Kartellrechts an veränderte Verhältnisse und die Verbesserung des kartellbehördlichen Instrumentariums.

Das Novellierungsvorhaben ist in der Regierungserklärung vom 16. Dezember 1976 (Plenarprotokoll des Bundestages 8/5) angekündigt worden. Zu Teilaspekten hat sich die Bundesregierung in der Folgezeit in ihren Stellungnahmen zum ersten Hauptgutachten der Monopolkommission (BT-Drucksache 8/702) und zum Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit im Jahre 1976 (BT-Drucksache 8/704) sowie in ihrem Bericht über die Erfahrungen mit den Vorschriften über die Unverbindliche Preisempfehlung (BT-Drucksache 8/703) geäußert.

Der Entwurf hat folgende Schwerpunkte:

— Verbesserung der Fusionskontrolle (§§ 23, 23 a, 24, 24 a, 24 b)

— Verbesserung der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen (§§ 35, 37 b, 63, 63 a, 70)

— Sicherung des Leistungswettbewerbs (§ 26)

— Änderung der Vorschriften über die Unverbindliche Preisempfehlung (§ 38 a)

— Verbesserung der Mißbrauchsaufsicht in der Versorgungswirtschaft (§ 103).

Darüber hinaus sieht der Entwurf vor:

— Verstärkte Aufsicht über Exportkartelle (§§ 12, 98)

— Erweiterung des Bußgeldrahmens (§ 38 Abs. 4)

— Freistellung bestimmter Tierzuchtverfahren vom Preisbindungsverbot (§ 100)

— Verbesserung der Ausnahmreregelung im Bereich Banken und Versicherungen (§ 102).

#### 1. Fusionskontrolle

Mit der Zweiten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen wurde im Jahre 1973 eine allgemeine Fusionskontrolle eingeführt und damit eine wesentliche Lücke des Wettbewerbsrechts geschlossen. Unternehmenskonzentration kann den Wettbewerb ebenso beeinträchtigen wie Kartellierung. Auch sie kann den Ansporn zur Leistung und zur Durchsetzung des technischen Fortschritts vermindern. In gesellschaftspolitischer Hinsicht zerstört übermäßige Konzentration wirtschaftlicher Macht die Grundlagen der freiheitlichen Ordnung. Politische Demokratie und Marktwirtschaft sind ohne Dezentralisierung der Macht nicht denkbar. Die bisherige Entwicklung zeigt, daß die Entscheidung zur Einführung der Fusionskontrolle richtig war. Als im Grundsatz richtig hat es sich insbesondere erwiesen, daß die Fusionskontrolle, ebenso wie die Mißbrauchsaufsicht nach § 22, an den Begriff der „marktbeherrschenden Stellung" (§ 24 Abs. 1) anknüpft.

Die Erfahrungen mit dem Instrument Fusionskontrolle durch Kartellbehörden und Gerichte machen jedoch deutlich, daß es auf der Grundlage des geltenden Rechts nur in dem — durchaus wichtigen — Teilbereich der horizontalen Zusammenschlußfälle, das heißt solchen auf gleichen Märkten, möglich war, die Konzentrationstendenzen spürbar zu verringern. Hier hat die Zusammenschlußkontrolle im wesentlichen zufriedenstellend gewirkt (vgl. Monopolkommission, 1. Hauptgutachten, Tz. 912 ff.). Eine entscheidende Rolle haben dabei die entscheidungserleichternden Vermutungen des § 22 Abs. 3 gespielt. Sie leisten auch einen wichtigen Beitrag zu der in diesem Bereich erfolgreichen Vorfeldwirkung, da sie deutlich und für die betroffenen Unternehmen anhand der Marktanteilskriterien nachvollziehbar aufzeigen, ob ein horizontaler Zusammenschluß den Untersagungsbereich erreicht oder nicht.

Probleme sind im Bereich der horizontalen Zusammenschlüsse allerdings bei Konzentrationsvorgängen auf engen oligopolistischen Märkten entstanden. Für die Fusionskontrolle muß es hier wie auch sonst entscheidend auf die längerfristigen strukturellen Wirkungen ankommen, die von Unternehmenszusammenschlüssen ausgehen, nicht aber auf das aktuelle Wettbewerbsverhalten zwischen den Oligopolisten. Nach geltendem Recht ist jedoch bei der Prüfung der Frage, ob auf oligopolistischen Märkten durch einen Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, auch die Intensität des Wettbewerbs innerhalb der Oligopolgruppe relevant. Diese Betrachtungsweise ist für die Mißbrauchsaufsicht nach § 22, die auf das aktuelle Marktverhalten abstellt, sicher sachgerecht; sie entspricht jedoch — jedenfalls was die bedeutenden Großoligopole angeht — nicht dem strukturbezogenen Ansatz der Fusionskontrolle. Der Entwurf sieht deshalb beschränkt auf die Fusionskontrolle für gewichtige, besonders enge Oligopole einen neuen Tatbestand vor, der, soweit das Oligopol im Verhältnis zu seinen übrigen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung hat, nicht mehr auf den Wettbewerb innerhalb des Oligopols abstellt (§ 23 a Abs. 2). Im übrigen, das heißt, was die durch § 23 a Abs. 2 nicht erfaßten Oligopole und die Vermutungstatbestände des § 22 Abs. 3 angeht, bleibt es beim geltenden Recht.

Ein weiterer wichtiger Bereich, den die Fusionskontrolle erfassen soll, betrifft die Zusammenschlüsse mit Wirkung auf vor- oder nachgelagerte Markt-

stufen (vertikale Konzentration) und auf Märkte, die weder gleichgelagert sind noch in einer Stufenbeziehung stehen (konglomerate Konzentration). Die Zweite Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen hat gezielt auf Zusammenschlüsse dieser Art die Ressourcenbetrachtung eingeführt und ist damit ausdrücklich von der nur horizontalen Betrachtung der Marktbeherrschung abgerückt. Für die Fusionskontrolle spielt es insoweit keine Rolle, ob die durch einen Zusammenschluß geschaffenen gesteigerten Möglichkeiten zur Marktsteuerung die Folge einer Addition von Marktanteilen oder einer Verbindung von Ressourcen und gegebenen Marktanteilen sind. Horizontale, vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse sind hinsichtlich ihrer Negativwirkungen grundsätzlich einander gleichgestellt.

Die bisherigen Erfahrungen im Bereich der vertikalen und konglomeraten Konzentration haben deutlich gemacht, daß die Fusionskontrolle hier nur sehr unzulänglich funktioniert und Verbesserungen notwendig sind. Die Bundesregierung hat bereits in ihrer Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht 1975 des Bundeskartellamtes (Drucksache 7/5390, S. II) die Frage als offen bezeichnet, ob und inwieweit die im geltenden Recht vorgesehene Ressourcenbetrachtung ausreicht, einem wettbewerbsschädigenden Vordringen sehr großer Unternehmen auf vor- und nachgelagerte Marktstufen oder auf für sie neue, oft mittelständisch strukturierte Märkte entgegenzutreten.

Vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse sind zwar über das Merkmal der überragenden Marktstellung grundsätzlich faßbar. Der Nachweis der Untersagungsvoraussetzungen im konkreten Einzelfall bereitet jedoch erhebliche Schwierigkeiten und scheitert meist daran, daß für diese Fälle nicht wie bei horizontalen Zusammenschlüssen Vermutungen bestehen, die dem Bundeskartellamt und den Gerichten konkrete Anhaltspunkte bei der Entscheidungsfindung liefern. Diese Lücke des geltenden Fusionskontrollrechts hat in der Verwaltungspraxis sogar dazu geführt, daß bei der in § 22 Abs. 1 Nr. 2 vorgesehenen Ressourcenbetrachtung letztlich doch wieder den Marktanteilen die entscheidende Bedeutung beigelegt wurde, obwohl der Gesetzgeber bei der Feststellung einer überragenden Marktstellung eines Unternehmens „insbesondere" auf seine Ressourcen und erst in zweiter Linie auf seinen Marktanteil abhebt. Im Ergebnis ist es auf diese Weise zu einer asymmetrischen Behandlung der horizontalen Zusammenschlüsse auf der einen und der vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüsse auf der anderen Seite gekommen, obwohl sie beide als Mittel zur Erlangung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen anerkannt sind.

Dieser Mangel wiegt um so schwerer, als der relative Anteil der vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüsse an der Konzentrationsentwicklung insgesamt zunimmt. Er ist darüber hinaus wettbewerbspolitisch auch deshalb besonders bedenklich, weil er zu einer Begünstigung von Großunternehmen führt, die über das Mittel der vertikalen und konglomeraten Konzentration eher verfügen als kleine und mittlere Unternehmen. Der Entwurf sieht zur Beseitigung der entstandenen Schwierigkeiten drei beweiserleichternde Vermutungstatbestände für vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse vor (§ 23 a Abs. 1).

Die neuen Vermutungen dienen zugleich dazu, die Rechtssicherheit im Bereich der vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüsse zu erhöhen. Mit Hilfe quantitativer Kriterien können die Unternehmen schon im Vorfeld wie bei horizontalen Zusammenschlüssen feststellen, ob ihr Projekt sich dem Untersagungsbereich nähert oder nicht.

Die quantitativen Kriterien sind so gewählt, daß nur große Unternehmen erfaßt werden. Der Entwurf entspricht damit der Zielsetzung der Fusionskontrolle, wirtschafts- und gesellschaftspolitisch bedeutsame Zusammenschlüsse der Prüfung zu unterziehen und ggf. zu untersagen.

Hinsichtlich der rechtlichen Bedeutung dieser Vermutungstatbestände gelten in vollem Umfang die Feststellungen, die der Wirtschaftsausschuß und der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages anläßlich der Einführung der Marktbeherrschungsvermutungen in § 22 Abs. 3 getroffen haben (vgl. Drucksache 7/765, S. 6 und S. 14).

Nach geltendem Recht unterliegen Zusammenschlüsse als hinreichend gewichtig der Fusionskontrollpflicht dann, wenn die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen insgesamt Umsatzerlöse von mindestens fünfhundert Millionen Deutsche Mark aufweisen (§ 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1). Darüber hinaus sind durch weitere Toleranzgrenzen Zusammenschlüsse von der Fusionskontrolle freigestellt, wenn ein Anschluß suchendes Unternehmen nicht mehr als fünfzig Millionen Deutsche Mark Umsatz hat oder der Zusammenschluß sich nicht im gesamten Bundesgebiet oder in einem wesentlichen Teil oder auf einem Markt mit einem Volumen von weniger als zehn Millionen Deutsche Mark auswirkt (§ 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 bis 4). Diese zusätzliche Begrenzung der Fusionskontrolle hat sich in der geltenden Form als verfehlt erwiesen, weil sie zahlreiche, in ihren Auswirkungen gesamtwirtschaftlich bedeutsame Zusammenschlüsse jeder Prüfung entzieht.

Insbesondere die Anschlußklausel (§ 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 2) hat in vielen Fällen zu einer bedenklichen Verschlechterung der Wettbewerbsstrukturen dadurch geführt, daß als Folge der Freistellung Großunternehmen ohne Eingreifen der Fusionskontrolle in Märkte mit überwiegend kleinen und mittleren Unternehmen vordringen konnten und in zahlreichen Fällen ganze Serien von Folgefusionen ausgelöst haben. Der Entwurf sieht deshalb eine Modifikation der Anschlußklausel vor, die gezielt die Freistellung beim Anschluß an Großunternehmen beseitigt und damit zusammen mit dem neuen Vermutungstatbestand für das Vordringen von Großunternehmen auf mittelständisch strukturierte Märkte (§ 23 a Abs. 1 Nr. 1) die Fusionskontrolle in diesem wichtigen Punkt wesentlich verbessert.

Die Regionalklausel (§ 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 3) geht davon aus, daß in der Regel nur solche Konzentrationsvorgänge wirtschaftspolitisch von Bedeutung sind, die sich im gesamten Bundesgebiet oder auf

einen wesentlichen Teil desselben wettbewerbsbeschränkend auswirken. Auch dies hat sich als Fehleinschätzung erwiesen.

Inzwischen hat sich gezeigt, daß auch Zusammenschlüsse von unmittelbar nur regionaler Auswirkung gesamtwirtschaftlich bedeutsam sein können. Erreicht ein Zusammenschluß die Größenordnung von 500 Millionen DM Gesamtjahresumsatz — eine Toleranzgrenze, die für die Fusionskontrolle insgesamt gilt und unverändert bleibt (§ 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1) — so ist nicht einzusehen, weshalb es für die Kontrollpflicht darauf ankommen soll, ob die beteiligten Unternehmen ihre Geschäftstätigkeit regional begrenzen oder nicht. Der Entwurf sieht deshalb die Streichung der Regionalklausel vor.

Auch die Bagatellmarktklausel (§ 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 4) des geltenden Rechts ist geeignet, entgegen ihrer Zielsetzung Zusammenschlüsse auch dann von der Kontrollpflicht freizustellen, wenn sie von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung sind. Dies gilt z. B. dann, wenn es sich um neue zukunftsträchtige Märkte handelt, auf denen jedoch zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses noch keine nennenswerten Umsätze erzielt werden. Wachstumsverluste können die Folge sein, wenn Zusammenschlüsse in derartigen Fällen freigestellt und dadurch bereits in der Entwicklungs- oder Experimentierphase wettbewerbsbeschränkende Strukturen geschaffen werden. Der Entwurf paßt deshalb die Marktvolumensklausel entsprechend an.

Unternehmen versuchen mehr und mehr, Zusammenschlüsse so zu gestalten, daß zwar formal kein Zusammenschlußtatbestand erfüllt ist, im wirtschaftlichen Ergebnis aber eine den Zusammenschlußtatbeständen der Fusionskontrolle entsprechende Unternehmensverbindung geschaffen wird. Wettbewerbspolitisch bedenklich sind derartige Umgehungsversuche nicht zuletzt deshalb, weil sie in erster Linie bei Großunternehmen mit ihren umfangreichen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zu verzeichnen sind, während kleinere Unternehmen, denen diese Möglichkeiten nicht zur Verfügung stehen, der Fusionskontrolle nur schwer ausweichen können. Der Entwurf stellt deshalb durch einen besonderen Tatbestand ausdrücklich klar, daß solche Umgehungen durch das Gesetz erfaßt werden (§ 23 Abs. 2 Nr. 2 Sätze 4 und 5).

### 2. Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen

Die Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen nach § 22 war einer der Schwerpunkte der Kartellgesetznovelle von 1973, mit der insbesondere das Merkmal der „Marktbeherrschung" um den Begriff der „überragenden Marktstellung" (§ 22 Abs. 1 Nr. 2) ergänzt und die praktische Handhabung der Mißbrauchsaufsicht durch Marktbeherrschungsvermutungen (§ 22 Abs. 3) erleichtert wurde. Diese Änderungen der gesetzlichen Grundlage für die Kontrolle von Marktmacht haben in den Jahren seit Inkrafttreten der Zweiten Kartellgesetznovelle zu einer deutlichen Aktivierung der Mißbrauchskontrolle nach § 22 durch das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden geführt. So war die Zahl der in den drei Jahren von 1974 bis 1976 eingeleiteten Mißbrauchsverfahren mit 1146 höher als in den gesamten vorherliegenden 16 Jahren seit Inkrafttreten des Kartellgesetzes am 1. Januar 1958 (1008 Verfahren).

Durch die seit 1973 ergangene Rechtsprechung sind wesentliche Auslegungsfragen zu § 22 geklärt worden. Insbesondere ist bestätigt worden, daß sich die Mißbrauchsaufsicht im Einzelfall auch gegen einen überhöhten Preis richten kann (Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 3. Juli 1976 — Vitamin B 12 WuW/E BGH 1435 — und vom 16. Dezember 1976 — Valium WuW/E BGH 1445 —). Eine allgemeine preisliche Verhaltenskontrolle ist aufgrund § 22 aber nicht zulässig.

Die intensivere Praxis der Kartellbehörden aufgrund der materiellen Verschärfung des § 22 hat indessen Schwächen und Lücken im Bereich des Verfahrens und der Sanktionen bei Verfügungen im Falle der mißbräuchlichen Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen deutlich werden lassen. Hierdurch wird die Effizienz der Mißbrauchsaufsicht nicht unwesentlich beeinträchtigt.

So hat nach der derzeitigen Fassung des § 63 Abs. 1 die Einlegung eines Rechtsmittels gegen eine auf § 22 Abs. 5 oder den jetzigen § 104 Abs. 2 gestützte Mißbrauchsverfügung — im Gegensatz zu der geltenden Regelung bei Mißbrauchsverfügungen nach § 38a Abs. 3 gegenüber Unverbindlichen Preisempfehlungen — aufschiebende Wirkung, so daß die sofortige Vollziehung einer solchen Mißbrauchsverfügung allein nach § 63a in Betracht kommt. Dieser Rechtszustand wird dem besonderen Interesse der Allgemeinheit an einer raschen und wirksamen Beseitigung von Machtmißbräuchen, bei denen es sich generell um besonders schwerwiegende Störungen der Wettbewerbsordnung handelt, nicht gerecht. Der Entwurf gleicht daher die Regelung für die sofortige Vollziehbarkeit von Mißbrauchsverfügungen nach § 22 Abs. 5 und dem neuen § 103 Abs. 6 dem Rechtszustand an, der für Mißbrauchsverfügungen nach § 38a Abs. 3 bereits geltendes Recht ist. Gleichzeitig ist in § 63a Abs. 3 Satz 2 vorgesehen, daß die Kartellbehörde die Vollziehung von Verfügungen, die kraft Gesetzes sofort vollziehbar sind, im Einzelfall aussetzen kann. Diese Bestimmung, die dem § 80 Abs. 4 VWGO nachgebildet ist, gibt der Kartellbehörde die Möglichkeit, von sich aus entsprechend den konkreten Umständen des jeweiligen Falles das allgemein bestehende öffentliche Interesse an einer möglichst raschen Einstellung des als mißbräuchlich beanstandeten Verhaltens mit etwaigen Härten für das betroffene Unternehmen sowie den rechtlichen Gesichtspunkten abzuwägen, ohne daß es hierzu einer gerichtlichen Anordnung bedarf.

Aufgrund der Erfahrungen mit der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen hat sich auch eine Verbesserung der Schadensersatzregelung in § 35 als notwendig erwiesen, um den durch Machtmißbrauch Geschädigten den erforderlichen Ausgleich zu gewährleisten. § 35 Abs. 2 sieht daher vor, daß im Falle der Unanfechtbarkeit einer

kartellbehördlichen Verfügung Schadensersatz unter den in dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen auch für den Zeitraum zwischen dem Erlaß der Verfügung und dem Eintritt ihrer Unanfechtbarkeit zu leisten ist. Diese Regelung erfordert auch die in § 70 Abs. 3 vorgesehene Ergänzung verfahrensrechtlicher Art, wonach das Beschwerdegericht die Begründetheit einer Mißbrauchsverfügung auf Antrag der Kartellbehörde auch dann festzustellen hat, wenn sich während des Beschwerdeverfahrens die Verfügung, insbesondere durch Änderung der tatsächlichen Verhältnisse, erledigt hat.

Die vorgesehene Ergänzung des § 35 hat im Vergleich zu der Umwandlung des § 22 in ein Schutzgesetz unter dem Gesichtspunkt der Effizienz der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen den Vorteil, daß die für die Feststellung der Marktbeherrschung und des Mißbrauchs nach § 22 notwendigen Markt- und Wettbewerbsuntersuchungen wie bisher zuerst durch die hierauf besonders ausgerichteten Kartellbehörden erfolgen, während die Zivilgerichte von derartigen wirtschaftlichen Untersuchungen entlastet bleiben. Auf der anderen Seite wird durch diese Regelung vermieden, daß Unternehmen allein aufgrund der allgemeinen Mißbrauchsaufsicht des § 22 für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, ohne daß zuvor ihr Verhalten durch die zuständige Kartellbehörde als mißbräuchlich beanstandet worden ist.

Der wirtschaftliche Vorteil, den ein Unternehmen durch die Fortführung eines von der Kartellbehörde als mißbräuchlich beanstandeten Verhaltens erlangen kann, wird sich vielfach nicht durch die Schadensersatzverpflichtung nach § 35 ausgleichen lassen. Dies gilt insbesondere im Falle von mißbräuchlich überhöhten Preisen bei Gütern des Massenbedarfs, wie z. B. bei Benzin. Hier ist in aller Regel der bei dem einzelnen Verbraucher eintretende Schaden so gering, daß er das Risiko eines Gerichtsverfahrens nicht einzugehen bereit ist. In derartigen Fällen widerspräche es indessen dem Grundsatz der Gerechtigkeit, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen den durch Mißbrauch seiner Marktmacht nach Erlaß einer Mißbrauchsverfügung erlangten Vorteil einbehalten und diesen rechtwidrig erlangten Wettbewerbsvorsprung zu Lasten der weniger starken Konkurrenten am Markt einsetzen könnte.

Um solche unbilligen Ergebnisse zu vermeiden, sieht der neue § 37 b die Möglichkeit einer „Mehrerlösabschöpfung" für den Fall vor, daß ein aufgrund von Mißbrauch im Sinne des § 22 nach Erlaß der Mißbrauchsverfügung erlangter Vermögensvorteil nicht durch Schadensersatzleistungen gemäß § 35 Abs. 2 ausgeglichen wird. Diese Regelung lehnt sich an § 8 Wirtschaftsstrafgesetz 1954 (WiStG) an. Die dort vorgesehene Abführung des Mehrerlöses gilt gerade auch für den insoweit der Mißbrauchsaufsicht des § 22 gleichgelagerten Tatbestand der Preisüberhöhung „infolge der Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung" (§ 4 WiStG). Zwar ist die Abführung des Mehrerlöses in § 8 WiStG eine Nebenfolge, die grundsätzlich in Verbindung mit einem als Ordnungswidrigkeit eingestuften Tatbestand steht. Jedoch zeigt die Ausgestaltung des Mehrerlösabführungsverfahrens in den §§ 8 ff WiStG, daß es sich hierbei in der Sache nicht um die Ahndung einer Ordnungswidrigkeit handelt, sondern vielmehr um den Vorteilsausgleich für eine rechtswidrige Handlung. Die Abführung des Mehrerlöses ist daher als Wiedergutmachung wirtschaftlichen Unrechts im öffentlichen Interesse zu verstehen. Diesem Grundgedanken entspricht auch der neue § 37 b.

### 3. Sicherung des Leistungswettbewerbs (§ 26)

Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des § 26 Abs. 2 ist durch die Novelle von 1973 dadurch erweitert worden, daß es nach Satz 2 auch auf solche Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen Anwendung findet, von denen „Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen". Diese Vorschrift erfaßt nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut marktstarke Unternehmen in gleicher Weise auf der Anbieter- wie auf der Nachfragerseite. In der Praxis haben sich indessen auch nach der Novelle von 1973 die Anwendungsfälle des § 26 Abs. 2 nahezu ausnahmslos auf Anbieter bezogen.

Demgegenüber hatte bereits der Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages in seinem Bericht zur Zweiten Kartellgesetznovelle (Drucksache 7/765, S. 4) zum Ausdruck gebracht, daß

> „eine vorausschauende Wettbewerbs- und Preispolitik ferner darauf zu achten haben wird, daß übermäßige Nachfragemacht und entsprechende Vorzugsstellungen auf der Handelsstufe nicht dazu mißbraucht werden, eine nicht leistungsgerechte Einkommensverteilung zu Lasten schwächerer industrieller Anbieter oder entsprechender Konkurrenten im Handel herbeizuführen".

Weiter heißt es hierzu in dem Bericht des Wirtschaftsausschusses:

> „Eine Konzentration in Industrie und Handel auf wenige Großunternehmen brächte auf lange Sicht gerade auch dem Verbraucher keinen Nutzen. Im übrigen kann nicht stets davon ausgegangen werden, daß z. B. Einkaufsvorteile, die durch Ausnutzung übermäßiger Nachfragemacht erzielt werden, sich auch vollständig im Verbraucherpreis niederschlagen. Die Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen (§ 22), des Diskriminierungsverbots (§ 26 Abs. 2 Satz 2) und der Mißbrauchsaufsicht über vertikale Markenwarenpreisempfehlungen (neuer § 38 a Abs. 3) sowie die Kooperationserleichterungen des neuen § 5 b und der verbesserten §§ 28 und 38 Abs. 2 Nr. 1 (Wettbewerbsregeln, Mittelstandsempfehlung) bieten die erforderlichen rechtlichen Grundlagen, um einer derartigen Entwicklung entgegenzuwirken."

In den letzten Jahren haben die Entwicklungen in vielen Bereichen der Wirtschaft die wettbewerbs-

politische Problematik machtbedingter Wettbewerbsverzerrungen deutlicher hervortreten lassen. Stärker als in den vorangegangenen Perioden eines hohen Wirtschaftswachstums haben sich unter den veränderten gesamtwirtschaftlichen Voraussetzungen der vergangenen vier Jahre die Gefahren gezeigt, die der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs aus leistungswidrigen und sonstigen unlauteren Formen des Wettbewerbs drohen können. Für die Wettbewerbspolitik besitzen daher wirksame Maßnahmen gegen wettbewerbsverzerrende Praktiken einen besonderen Stellenwert.

In Übereinstimmung mit dem Sondergutachten der Monopolkommission über „Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen" vom 29. November 1977 sieht auch die Bundesregierung in der konsequenten Anwendung des geltenden Wettbewerbsrechts einen Schwerpunkt der Bekämpfung wettbewerbsverzerrender Praktiken. Hier liegt nicht allein eine vorrangige Aufgabe der Kartellbehörden aufgrund der einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes. Vielmehr bedarf es zur Sicherung eines leistungsgerechten Wettbewerbs auch der vollen Ausnutzung der Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) durch die Wirtschaft selbst. Insofern hat die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum UWG, mit der z. B. Eintrittsgelder und Schaufenstermieten als Verstoß gegen § 1 UWG gewertet worden sind, gezeigt, daß leistungswidrige Praktiken sowohl gegen Vorschriften des UWG als auch des GWB verstoßen können.

Diese „Verzahnung" beider wettbewerbsrechtlichen Gesetze wird im Bereich des UWG durch den Entwurf zur Änderung dieses Gesetzes (§ 27 UWG) unterstrichen, indem den Kartellbehörden in Fällen der Behinderung, der Diskriminierung und sonstigen Handlungen, auf die sowohl Vorschriften des UWG als auch des GWB zur Anwendung kommen können, ein dem § 90 GWB nachgebildetes Beteiligungsrecht an UWG-Verfahren eingeräumt werden soll.

Im Bereich des GWB haben sich Schwierigkeiten der wirksamen Bekämpfung machtbedingter Wettbewerbsverzerrungen vor allem bei solchen Praktiken gezeigt, die von der Nachfrageseite verursacht werden. Die Gründe für diese Probleme liegen einmal in den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten. Anbieter, die von einem starken Nachfrager abhängig sind, haben naturgemäß eine besonders ausgeprägte Scheu, sich an die Kartellbehörden zu wenden, da sie dann den Abbruch der Geschäftsbeziehungen durch den Nachfrager befürchten müssen. Diese faktischen Hemmnisse lassen sich durch gesetzliche Regelungen nicht ausräumen. Sie lassen sich indessen dadurch abschwächen, daß die Erfolgschancen eines kartellbehördlichen Verfahrens in solchen Fällen durch verbesserte gesetzliche Bestimmungen erhöht werden.

Die vorgeschlagenen Ergänzungen des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots in § 26 zielen daher darauf ab, Schwierigkeiten zu beseitigen, die sich bei der Erfassung von unbilligen Behinderungen und Diskriminierungen im Sinne des § 26 Abs. 2 Satz 1, die von der Nachfrageseite ausgehen, ergeben haben. Diese Änderungen richten sich entsprechend der Zielsetzung des geltenden § 26 Abs. 2 ausschließlich gegen den Mißbrauch einer marktstarken Stellung, wie sie im § 26 Abs. 2 Satz 1 und 2 bisher schon definiert ist; der im Wettbewerb erforderliche Verhandlungsspielraum bleibt gewährleistet.

Durch einen neuen Vermutungstatbestand (§ 26 Abs. 2 Satz 3) wird den Kartellbehörden eine Hilfe für die Feststellung der Abhängigkeit eines Anbieters von einem Nachfrager im Sinne von § 26 Abs. 2 Satz 2 gegeben. Als Indiz für eine solche Abhängigkeit gilt die Tatsache, daß ein Nachfrager zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preisnachlässen und sonstigen Leistungsentgelten, zu denen insbesondere Mengen- und Funktionsrabatte gehören, regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartige Nachfrager nicht erhalten und die ersichtlich nicht auf besonderen Leistungen des bevorzugten Nachfragers zugunsten des Anbieters beruhen. Auch bei diesem Vermutungstatbestand handelt es sich entsprechend den Feststellungen, die der Wirtschafts- und der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages anläßlich der Einführung der Marktbeherrschungsvermutungen in § 22 Abs. 3 getroffen haben (vgl. Drucksache 7/765, S. 6 und S. 14), nicht um eine Vermutung im zivilrechtlichen Sinne, sondern vielmehr um einen „Aufgreiftatbestand", durch den die Kartellbehörde zur Überprüfung der „Abhängigkeit" im Sinne des § 26 Abs. 2 Satz 2 bei Vorliegen der „Vermutungsvoraussetzungen" veranlaßt werden soll.

Außerdem wird durch den neuen Abs. 3 in § 26 sichergestellt, daß das Verbot der „Diskriminierung", d. h. der „unmittelbaren oder mittelbaren unterschiedlichen Behandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund", auch auf einen Nachfrager Anwendung finden kann, wenn dieser zu den Adressaten des § 26 Abs. 2 gehört und seine starke Marktstellung dazu ausnutzt, einen von ihm abhängigen Anbieter zu zwingen, ihm sachlich ungerechtfertigte Vorzugsbedingungen zu gewähren. Nach dem geltenden Wortlaut des § 26 Abs. 2 Satz 1 kann eine solche, von einem Nachfrager verursachte Diskriminierung nicht über die 2. Alternative dieser Vorschrift, die „unterschiedliche Behandlung", erfaßt werden. Inwieweit solche Sachverhalte unter den Begriff „unbillig behindern" fällt, ist umstritten.

Bei dieser Sach- und Rechtslage hält es die Bundesregierung für zweckmäßig, daß durch eine entsprechende gesetzliche Ergänzung des § 26 der Umfang und die Grenzen bestimmt werden, in denen solche diskriminierenden Sachverhalte in den Anwendungsbereich des § 26 fallen.

**4. Änderung der Vorschriften über die Unverbindliche Preisempfehlung**

Durch die Zweite Kartellgesetznovelle ist die Preisbindung für Markenwaren mit Wirkung vom 1. Januar 1974 verboten und gleichzeitig das Recht der vertikalen Preisempfehlung in den §§ 38 Abs. 1 Nr. 12 und 38 a neu geregelt worden. Diese Vorschriften sehen insbesondere eine eigenständige

Verbotsnorm für vertikale Preisempfehlungen jeglicher Art, das Verbot sog. „Mondpreisempfehlungen" und eine verschärfte Mißbrauchsaufsicht über die nach § 38 a Abs. 1 vom Empfehlungsverbot freigestellten Unverbindlichen Preisempfehlungen für Markenwaren vor.

Die Bundesregierung hat im Sommer 1977 dem Deutschen Bundestag den mit einer Entschließung vom 14. Juni 1973 (Drucksache 7/778 Anlage 1) erbetenen Bericht über die Erfahrungen mit den Vorschriften über die Unverbindliche Preisempfehlung zugeleitet (Drucksache 8/703). Die Bundesregierung hat in diesem Bericht festgestellt, daß die bisher vorliegenden Erfahrungen nach ihrer Auffassung noch keine hinreichend sichere Grundlage bieten, um den gesetzgebenden Körperschaften eine grundsätzliche Änderung des geltenden Rechts vorzuschlagen.

Der Bericht enthält jedoch eine Reihe von Vorschlägen, mit denen die Aufsicht über die Unverbindliche Preisempfehlung weiter verbessert werden kann. Diesem Zweck dienen insbesondere die Einführung einer einfachen Anmeldepflicht für Preisempfehlungen, ein erweitertes Auskunftsrecht des Bundeskartellamtes und eine Verbesserung des Mißbrauchstatbestandes bei überhöhten Empfehlungen. Entsprechend sieht der vorliegende Gesetzesentwurf die hierfür erforderlichen Änderungen des § 38 a und des § 38 Abs. 1 Nr. 12 vor.

### 5. Verbesserung der Mißbrauchsaufsicht in der Versorgungswirtschaft

Im Bereich der Versorgungswirtschaft ist wegen der technisch-ökonomischen und institutionellen Besonderheiten ein voll am Wettbewerb orientierter Ordnungsrahmen nicht möglich (vgl. Bericht der Bundesregierung über die Ausnahmebereiche des GWB, BT-Drucksache 7/3206 Nr. 135). § 103 Abs. 1 gestattet daher den Unternehmen der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser im Interesse einer größeren Effizienz der Versorgungswirtschaft wie auch im Interesse der Versorgungssicherheit den Abschluß von Gebietsschutzverträgen. Das notwendige Korrektiv für die hierdurch erlangte Marktstellung der Versorgungsunternehmen ist eine strenge kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht, die allerdings Sinn und Zweck der Freistellung zu berücksichtigen hat. Damit ergibt sich für die Mißbrauchsaufsicht im Bereich der Versorgungswirtschaft ein vorgegebenes Spannungsverhältnis zwischen wettbewerblicher Betrachtung einerseits und den speziellen versorgungswirtschaftlichen Gesichtspunkten andererseits. Diese Dualität der Gesichtspunkte stellt an die Praxis der Kartellbehörden große Anforderungen und hat auf der Grundlage des geltenden § 104 teilweise zu erheblichen Vollzugsschwierigkeiten geführt. Die Bundesregierung hat daher bereits in ihrer Stellungnahme zum Hauptgutachten der Monopolkommission auf die Notwendigkeit einer Verdeutlichung des kartellrechtlichen Mißbrauchsbegriffs des derzeitigen § 104 Abs. 1 Nr. 1 für den Bereich der Versorgungswirtschaft hingewiesen (BT-Drucksache 8/702 Nr. 29). Dementsprechend gibt § 103 Abs. 5 Satz 2 den Kartellbehörden zur Erleichterung des Vollzugs Anwendungsmaßstäbe an die Hand, mit denen die in der Praxis besonders problematisch gewordenen Mißbrauchsfälle geregelt werden.

## II. Kosten der Durchführung und preisliche Auswirkungen des Gesetzes

Das Gesetz hat keine Auswirkungen auf die Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Haushalte. Auf das allgemeine Preisniveau wirkt das Gesetz tendenziell preisdämpfend.

## III. Begründung zu den einzelnen Bestimmungen des Entwurfs

### Zu Artikel 1 Nr. 1

a) Die redaktionellen Änderungen in § 12 Abs. 1 ergeben sich zunächst aus der in § 12 Abs. 2 vorgesehenen Regelung der Mißbrauchsaufsicht über Ausfuhrkartelle im Sinne des § 6 Abs. 1. Darüber hinaus ist die Vorschrift jetzt ausdrücklich als „Kann"-Bestimmung formuliert worden. Damit wird wie bisher schon in § 22 Abs. 5 und in der geltenden Fassung des § 38 a Abs. 3 und des § 102 Abs. 2 klargestellt, daß es im pflichtgemäßen Ermessen der Kartellbehörde steht, ob eine Mißbrauchsverfügung erlassen wird.

b) Der neue § 12 Abs. 2 regelt die Voraussetzungen für die Mißbrauchsaufsicht über Exportkartelle im Sinne des § 6 Abs. 1. Im Unterschied zur bisherigen Rechtslage ist darauf verzichtet worden, für Exportkartelle im Sinne von § 6 Abs. 1 den Tatbestand des „Mißbrauchs der durch Freistellung von § 1 erlangten Stellung im Markt" (§ 12 Abs. 1 Nr. 1) als Eingriffsvoraussetzung für eine Mißbrauchskontrolle aufzunehmen. Dieser Tatbestand, der den Schutz des inländischen Markts bezweckt, hat für Exportkartelle im Sinne von § 6 Abs. 1 keine praktische Bedeutung, da diese ausschließlich Wettbewerbsbeschränkungen auf ausländischen Märkten zum Gegenstand haben. Die Mißbrauchsaufsicht über Exportkartelle ohne Inlandswirkung wird ergänzt um den Tatbestand der „erheblichen Beeinträchtigung überwiegender außenwirtschaftlicher Interessen der Bundesrepublik Deutschland". Diese Eingriffsvoraussetzung bezieht sich auf solche Kartelle, die „sich auf die Regelung des Wettbewerbs auf Märkten außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes beschränken" (§ 6 Abs. 1). Sie greift nach der in § 98 Abs. 2 Satz 2 vorgesehenen Regelung auch in den Fällen ein, in denen das Ausfuhrkartell keine faktischen Wettbewerbswirkungen auf inländischen Märkten hervorruft.

   Ebenso wie staatliche Handelsbeschränkungen können Exportkartelle den freien internationalen Waren- und Leistungsverkehr erheblich beeinträchtigen und damit der wirtschaftspolitischen Zielsetzung der Offenhaltung der Märkte nach innen und außen zuwiderlaufen.

Diese grundsätzliche wirtschaftspolitische Zielsetzung der Sicherung und Fortentwicklung einer freien Weltwirtschaftsordnung läßt es geboten erscheinen, die geltende Mißbrauchsaufsicht über Exportkartelle in der Weise zu verstärken, daß bei solchen Vereinbarungen das überwiegende Interesse der Bundesrepublik Deutschland an einem unbeschränkten Welthandel im Sinne der Grundsätze des Außenwirtschaftsgesetzes im Einzelfall gewahrt werden kann. Eine umfassende Kontrolle wettbewerbsbeschränkender Praktiken bei Exportkartellen kann damit naturgemäß nicht erreicht werden. Sie wäre — wie die Bundesregierung wiederholt erklärt hat — nur im Rahmen gemeinsamer, vom Grundsatz der Gegenseitigkeit getragener internationaler Maßnahmen möglich.

Nach der geltenden Regelung des § 12 ist ein Einschreiten gegen Exportkartelle, die gegen wichtige Prinzipien eines freien Welthandels verstoßen, nur insoweit möglich, als diese Prinzipien in zwischenstaatlichen Abkommen der Bundesrepublik Deutschland ihren Niederschlag gefunden haben (z. B. in Art. XVIII des Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrages mit den Vereinigten Staaten von Amerika vom 29. Oktober 1954, BGBl. 1956 II, S. 487). Der neu eingefügte Tatbestand erstreckt diesen Grundgedanken auch auf diejenigen Fälle, in denen die Auswirkungen eines Exportkartells bei Nichtbestehen eines internationalen Abkommens die genannten außenwirtschaftlichen Interessen erheblich beeinträchtigen. Wichtige Anhaltspunkte für die „außenwirtschaftlichen Interessen" ergeben sich aus dem Außenwirtschaftsgesetz. So kann z. B. eine erhebliche Beeinträchtigung dieser öffentlichen Interessen vorliegen, wenn infolge der Anwendung eines Exportkartells Abwehrmaßnahmen des betroffenen Staates drohen, durch die der Waren- und Leistungsverkehr mit der Bundesrepublik Deutschland insgesamt berührt würde. Bei der in das pflichtgemäße Ermessen der Kartellbehörde, d. h. nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 des Bundesministers für Wirtschaft, gestellten Ausübung der Mißbrauchsaufsicht ist das außenwirtschaftliche öffentliche Interesse mit den Gesichtspunkten der legitimen Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen auf ausländischen Märkten abzuwägen. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob das Ausfuhrkartell eine Abwehrmaßnahme gegenüber monopolistischer oder kartellierter Macht von Wettbewerbern oder Abnehmern darstellt. In solchen Fällen werden die „außenwirtschaftlichen Interessen" in der Regel nicht „überwiegend" im Sinne der neuen Vorschrift sein.

**Zu Artikel 1 Nr. 2**

Die Änderung der Verweisung folgt aus dem neuen § 23 Abs. 1 Satz 8, 9 und 10.

**Zu Artikel 1 Nr. 3**

a) Die Rechtsprechung geht davon aus, daß nach geltendem Recht bei der Veräußerung von wesentlichen Teilen des Vermögens eines Unternehmens im Sinne von § 23 Abs. 2 Nr. 1 für die Berechnung der Marktanteile, der Beschäftigtenzahl und der Umsatzerlöse nach § 23 Abs. 1 das veräußernde Unternehmen mit einzubeziehen ist, obwohl insoweit eine Dekonzentration stattfindet (WuW/E BGH 1377). Der neue § 23 Abs. 1 Satz 8 stellt klar, daß bei der Berechnung dieser Kriterien nur auf den veräußerten Vermögensteil abzustellen ist, da bei Zusammenschlüssen nur in diesem Umfang konzentrative Wirkungen eintreten können.

Satz 9 bestätigt darüber hinaus für den vergleichbaren Fall der Veräußerung von Anteilen an einem Unternehmen die ständige Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes, nach der in Fällen, in denen das veräußernde Unternehmen weniger als 25 % der Anteile an dem anderen Unternehmen behält und kein gemeinsam beherrschtes Gemeinschaftsunternehmen entsteht oder erweitert wird, für die Berechnung der Marktanteile, der Beschäftigtenzahl und der Umsatzerlöse das veräußernde Unternehmen außer Betracht bleibt. Zu den Anteilen, die dem Veräußerer gehören, zählen dabei auch die in § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 genannten Anteile. Hinsichtlich der Verpachtung des Betriebes eines anderen Unternehmens (§ 23 Abs. 2 Nr. 3 c) und der Führung eines Unternehmens für Rechnung eines anderen Unternehmens (§ 23 Abs. 2 Nr. 3 b) bleibt es jedoch beim geltenden Gesetzeswortlaut, weil diese Fälle keine vergleichbaren dekonzentrativen Wirkungen haben, die eine entsprechende Behandlung rechtfertigen würden. Pachtvertrag und Rechnungsführungsvertrag heben die bisherigen Unternehmensverbindungen nicht irreversibel auf.

Der neue § 23 Abs. 1 Satz 10 entspricht weitgehend dem bisherigen § 23 Abs. 2 Satz 4 (Unternehmensfiktion für Personen oder Personenvereinigungen, die nicht Unternehmen sind). Gestrichen wurde jedoch das Wort „insoweit".

Nach dem bisherigen Wortlaut und Sinnzusammenhang des § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 4 kann der Eindruck entstehen, daß die Unternehmensfiktion nur bei Zusammenschlüssen mit Gemeinschaftsunternehmen gilt. Darüber hinaus begrenzt der Wortlaut den Anwendungsbereich der Vorschrift auf Zusammenschlußvorgänge in Form des Anteilserwerbs. Bei den übrigen Zusammenschlußtatbeständen des § 23 Abs. 2 (Nummer 1, 3 bis 5) gilt die Unternehmensfiktion nicht, ohne daß dafür eine Rechtfertigung ersichtlich wäre. Schließlich gelten nach dem Wortlaut Personen oder Personenvereinigungen mit Mehrheitsbeteiligungen an anderen Unternehmen nur dann als Unternehmen im Sinne des § 23, wenn sie selbst, nicht aber, wenn von ihnen abhängige Unternehmen Anteile an dritten Unternehmen erwerben. Die aus wettbewerblichen Gründen gebotene zusammenfassende Betrachtung aller Unternehmen, die über ein im Mehrheitsbesitz der Person oder Personenvereinigung stehendes Unternehmen gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 verbunden sind, wird dadurch verhindert, weil in derartigen

Fällen auf der Grundlage des geltenden Rechts die übrigen, so verbundenen Unternehmen ignoriert werden müssen.

Der neue § 23 Abs. 1 Satz 10 stellt deshalb klar, daß Personen oder Personenvereinigungen, die Mehrheitsbeteiligungen an beliebigen anderen Unternehmen halten und nicht bereits aufgrund anderweitiger Vorschriften zweifelsfrei Unternehmen sind, als Unternehmen gelten, wenn sie selbst oder eines der von ihnen abhängigen Unternehmen einen der in § 23 Abs. 2 genannten Zusammenschlußtatbestände verwirklichen.

b) Der neue Satz 4 (Umgehungstatbestand) erfaßt als Zusammenschluß auch den Erwerb von Anteilen, bei denen die Grenzen des § 23 Abs. 2 Nr. 2 a nicht erreicht werden, dem Erwerber jedoch Rechte zustehen, die nach dem Aktiengesetz an mehr als ein Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals gebunden sind. Nach geltendem Recht werden derartige Erwerbsvorgänge nur dann unstreitig als Zusammenschluß erfaßt, wenn damit beherrschender oder mitbeherrschender Einfluß im Sinne von § 23 Abs. 2 Nr. 5 verbunden ist. In allen übrigen Fällen war es bisher offen, ob sie als Zusammenschluß gelten.

Der Umgehungstatbestand umfaßt nunmehr ausdrücklich Stimmrechtsregelungen innerhalb wie außerhalb von Gesellschaftsvertrag und Satzung. Es spielt keine Rolle, ob die gesellschaftsrechtlichen Einflußmöglichkeiten auf einer Satzungsbestimmung oder einer Regelung im Gesellschaftsvertrag beruhen oder Folge zum Beispiel einer außerhalb liegenden vertraglichen Stimmrechtsbindung sind. Sperrechte, die das Aktienrecht bei einer Beteiligung von mehr als 25 % des stimmberechtigten Kapitals gewährt und die modifiziert werden können, sind erfaßt. Die Auslegungsregeln, die zu Umgehungstatbeständen im Gesellschaftsrecht entwickelt worden sind, finden in allen Fällen Anwendung.

Die Zusammenschlußtatbestände Nummer 2 a) und b) des geltenden Rechts beziehen sich lediglich auf Beteiligungen am stimmberechtigten Kapital und setzen damit voraus, daß das Unternehmen, an dem Anteile erworben werden, ein stimmberechtigtes Kapital hat. Dies ist bei Kapitalgesellschaften immer der Fall, bei Personengesellschaften jedoch nur, wenn zwischen der Höhe der Kapitalbeteiligung und dem Stimmrecht der Gesellschafter eine Verbindung besteht. Der Erwerb von Anteilen an Gesellschaften, die eine von der Kapitalbeteiligung unabhängige Stimmrechtsregelung haben, ist nicht eindeutig geregelt. Der neue Satz 5 erfaßt deshalb jeden Anteilserwerb als Zusammenschluß, bei dem die damit verbundenen Stimmrechte auch ohne einen entsprechenden Anteil am Kapital die in den Nummern 2 a) und b) genannten Prozentsätze erreichen.

c) Die Neufassung erfolgt, weil die Verweisung auf § 46 Abs. 8 und § 47 durch die Streichung dieser Vorschriften gegenstandslos geworden ist.

**Zu Artikel 1 Nr. 4**

Der neue § 23 a sieht widerlegliche Vermutungen für vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse vor, die durch das Auftreten von Großunternehmen auf mittelständischen Märkten (Absatz 1 Nr. 1 a), durch Kombination von Größe und Marktbeherrschung (Absatz 1 Nr. 1 b) oder durch sehr große Finanzkraft (Absatz 1 Nr. 2) gekennzeichnet sind. Absatz 2 enthält außerdem einen eigenen, nur für die Zusammenschlußkontrolle geltenden Tatbestand für enge Großoligopole.

Mit der Zweiten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen wurde insbesondere im Hinblick auf vertikale und konglomerate Zusammenschlußfälle die Ressourcenbetrachtung eingeführt. Das Gesetz hat damit die nur horizontale Betrachtung der Marktbeherrschung aufgegeben. Vertikale und konglomerate Konzentrationsvorgänge sind als gleichwertiges Mittel zur Erlangung oder Verstärkung marktbeherrschender Macht anerkannt.

Die Gleichstellung ist jedoch bisher unvollkommen, da mit dem § 22 Abs. 3 lediglich für den Marktanteil, nicht aber für die übrigen Kriterien der Marktbeherrschung entscheidungserleichternde Vermutungen bestehen. Der Entwurf schließt diese Lücke, die im Ergebnis zu einer Ungleichbehandlung von Vorgängen geführt hat, die in ihren strukturellen Auswirkungen vergleichbar sind. Er stellt mit den neuen Vermutungen im Sinne der Zielsetzung der Zweiten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen klar, daß seit der Einführung des Begriffs der überragenden Marktstellung in § 22 Abs. 1 Nr. 2 die Ressourcenbetrachtung als gleichwertiges Beurteilungskonzept neben die Marktanteilsbetrachtung getreten ist und diese in den Fällen vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse insoweit auch ersetzen kann. Um diesen Gesichtspunkt besonders hervorzuheben, beziehen sich die Vermutungen des neuen § 23 a Abs. 1 unmittelbar auf die Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktstellung im Sinne von § 22 Abs. 1 Nr. 2.

Die neuen Vermutungen des § 23 a Abs. 1 sollen für die Anwendung der Fusionskontrolle nach § 24 bei vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen die gleichen Beweiserleichterungen bewirken, die mit § 22 Abs. 3 bereits nach geltendem Recht bei horizontalen Zusammenschlüssen vorgesehen sind. Liegen die Vermutungsvoraussetzungen vor, so kann mit hoher Wahrscheinlichkeit angenommen werden, daß durch den jeweiligen Zusammenschluß eine überragende Marktstellung entsteht oder verstärkt wird.

Die vorgeschlagenen Vermutungen legen dabei die Anwendung des § 24 nicht fest. Die angegebenen zahlenmäßigen Kriterien schließen nicht aus, daß im Einzelfall die Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktstellung durch einen Zusammenschluß auch dann vorliegt, wenn die Vermutungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind. Umgekehrt ist es möglich, daß die Vermutungen im Einzelfall trotz Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen widerlegt werden.

Die Anwendung der Vermutungen ist ausdrücklich auf die Zusammenschlußkontrolle beschränkt. Daneben gelten weiterhin die Vermutungen des § 22 Abs. 3.

Bei den neuen Vermutungstatbeständen spielt der Umsatz der beteiligten Großunternehmen eine zentrale Rolle. Die Wahl des Umsatzes und damit der Unternehmensgröße als wesentliches Vermutungskriterium berücksichtigt, daß bereits die disproportionale, nach außen sichtbar werdende Unternehmensgröße an sich zu Risiken für den Wettbewerb führt, die im Zusammenschlußfall die Vermutungswirkung rechtfertigen; denn die übrigen aktuellen und potentiellen Wettbewerber setzen diese Größe und nicht etwa betriebswirtschaftliche Kriterien über die interne Finanzkraft, die ihnen in der Regel unbekannt sein werden, subjektiv mit Stärke gleich und richten sich in ihren Erwartungen und damit in ihrem Marktverhalten danach aus. Die Erfahrung zeigt, daß sie sich dabei auch von der Überlegung leiten lassen, daß Unternehmen in der in § 23 a genannten Größenordnung aus tatsächlichen Gründen weniger konkursgefährdet sind als sie selbst. Diese faktische, mit der Unternehmensgröße wachsende Bestandsgarantie, die u. a. in einem leichteren Zugang zu den Geldmärkten und einer relativ höheren Kreditbereitschaft der Banken ihren Niederschlag findet, verschafft Großunternehmen einen erheblichen strukturellen Wettbewerbsvorsprung, der die Vermutungen zusätzlich stützt.

Solche überragenden Verhaltensspielräume entstehen für die Großunternehmen in der Regel unabhängig davon, ob zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses Anhaltspunkte für einen tatsächlichen Einsatz von Finanzkraft auf den relevanten Märkten bereits bestehen. Entscheidend ist der erhebliche Zuwachs an Potential, nicht die Frage, ob und wie die Unternehmen ihre Ressourcen im Rahmen ihrer ohnehin nicht vorhersehbaren Marktstrategien einsetzen, soweit nur angesichts der sich nach dem Zusammenschluß ergebenden Marktstruktur die Wettbewerber für die Zukunft überhaupt mit Aktionen oder Reaktionen des Großunternehmens rechnen müssen, die zumindest überwiegend machtbedingt sind.

Die Umsatzgrenzen sind so gewählt, daß nur die wirklich gewichtigen Fälle erfaßt werden: Unter das Zwei-Milliarden-Kriterium in § 23 Abs. 1 Nr. 1 a und b fallen die 60 größten deutschen Industrieunternehmen; die Gesamtumsatzgrenze von 10 Milliarden Deutscher Mark in § 23 a Abs. 1 Nr. 2 erfaßt gegenwärtig Zusammenschlüsse zwischen den 30 größten deutschen Industrieunternehmen.

Im einzelnen ist zu § 23 a zu sagen:

a) Absatz 1 Nr. 1 a enthält eine Vermutung für den Zusammenschluß von Großunternehmen mit anderen Unternehmen, die auf mittelständischen Märkten tätig sind. In solchen Fällen muß erfahrungsgemäß von der Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktstellung ausgegangen werden, weil den übrigen kleinen und mittleren Wettbewerbern nach dem Zusammenschluß ein zumindest finanzstark erscheinendes, oft vertikal oder konglomerat verflochtenes Unternehmen gegenübertritt. Die strukturellen Voraussetzungen für den zukünftigen Wettbewerb auf dem betroffenen Markt werden dadurch wesentlich verschlechtert. In der Vergangenheit haben Zusammenschlüsse dieser Art zu weiteren Fusionen der noch unverbundenen kleinen und mittleren Wettbewerber geführt.

Es hat sich gezeigt, daß solche Zusammenschlüsse eine weitgehende Entmutigung der mittelständischen Wettbewerber hervorrufen und sie mittelfristig zur Aufgabe ihrer Selbständigkeit zwingen. Dabei tritt eine solche negative Veränderung der Wettbewerbsstruktur auch dann ein, wenn das erworbene Unternehmen einen Marktanteil hat, der deutlich unter der Marktbeherrschungsvermutung des § 22 Abs. 3 Nr. 1 (ein Drittel) liegt; denn für diese Wirkungen ist in erster Linie nicht der Marktanteil, sondern die disproportionale Größe des neu hinzukommenden Unternehmens bedeutsam.

Als Untergrenze für den Marktanteil der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen sieht Nummer 1 a insgesamt 5 % vor. Unterhalb dieser Grenze führt ein Zusammenschluß mit einem Großunternehmen in der Regel nicht zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung gegenüber den übrigen mittelständischen Wettbewerbern. Die Grenze stellt auch sicher, daß mittelständisch strukturierte Märkte nicht gegenüber jedem Zusammenschluß unter Beteiligung von Großunternehmen abgeschottet werden. Eine wettbewerbspolitisch unerwünschte Zementierung von Marktstrukturen könnte sonst die Folge sein.

Die Vermutung gilt auch dann, wenn bereits einzelne Großunternehmen auf dem betroffenen Markt tätig sind, die kleinen und mittleren Unternehmen aber insgesamt noch über einen Marktanteil von mindestens zwei Dritteln verfügen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß eine überragende Marktstellung gegenüber den übrigen mittelständischen Konkurrenten nur deshalb nicht entsteht oder verstärkt wird, weil bereits andere oder das am Zusammenschluß beteiligte Großunternehmen selbst auf dem relevanten Markt tätig sind. Nicht nur der erste, sondern auch weitere Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Großunternehmen auf mittelständischen Märkten verschlechtern nachhaltig die Wettbewerbsstruktur zu Lasten der kleinen und mittleren Wettbewerber. In der Regel wird allerdings die Feststellung einer überragenden Marktstellung des hinzutretenden Großunternehmens scheitern, wenn das oder die auf dem relevanten Markt bereits tätigen Unternehmen vergleichbarer Größe schon einen deutlich höheren Marktanteil als das hinzutretende Großuntermen errungen haben.

Verfügen die kleinen und mittleren Unternehmen insgesamt jedoch nur noch über einen Marktanteil von weniger als zwei Dritteln, wird in der Regel angenommen werden können, daß die kleinen und mittleren Unternehmen für die struk-

turellen Wettbewerbsvoraussetzungen auf dem betroffenen Markt nicht mehr bestimmend sind.

Dabei ist die Vermutung insbesondere im Hinblick auf Zusammenschlüsse im Handelsbereich in engem Zusammenhang mit der vorgesehenen Streichung der Regionalklausel (§ 24 Abs. 8 Nr. 3 des geltenden Rechts) zu sehen. Es mag sein, daß bei globaler Betrachtung, bei der auf den gesamten Geltungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder einen wesentlichen Teil desselben abgestellt wird, ein Markt nicht oder nicht mehr mittelständisch strukturiert ist, weil Großunternehmen einen Marktanteil von mehr als einem Drittel haben. Durch die Streichung der Regionalklausel wird jedoch in Zukunft auch die Berücksichtigung von Zusammenschlüssen mit Auswirkungen im nur regionalen oder lokalen Bereich möglich sein, wo in vielen Fällen die Voraussetzungen des neuen § 23 a Abs. 1 Nr. 1 a erfüllt sein dürften, obwohl im Gesamtmarkt Großunternehmen vorherrschen. Insbesondere der Erwerb kleiner und mittlerer Unternehmen im regionalen Bereich durch überregional tätige Großunternehmen mit dem Ziel, einen Markt weiter zu durchdringen und überall präsent zu sein, soll im Zusammenwirken dieser beiden Neuregelungen in Zukunft besser erfaßt werden.

Der Begriff „kleine und mittlere Unternehmen" ist bewußt nicht durch eine absolute Umsatzgrenze festgeschrieben worden, weil es hier entscheidend auf die Relation ankommt, die zwischen den am Zusammenschluß beteiligten oder bereits am Markt tätigen Großunternehmen und den übrigen Wettbewerbern besteht. Sie konnte auch deshalb unterbleiben, weil § 5 b, der ebenfalls auf „kleine und mittlere Unternehmen" abstellt, keine besonderen Auslegungsprobleme aufgeworfen hat.

b) Absatz 1 Nr. 1 b sieht eine Vermutung für die vertikale und konglomerate Verbindung von Unternehmensgröße und Marktbeherrschung durch Zusammenschluß vor. Wenn sich ein großes Unternehmen mit einem anderen Unternehmen zusammenschließt, das auf einem oder mehreren Märkten marktbeherrschend ist, kann mit hoher Wahrscheinlichkeit auf eine Verstärkung der bestehenden marktbeherrschenden Stellungen geschlossen werden. Bereits vorhandene überragende Verhaltensspielräume werden weiter zu Lasten der Wettbewerber vergrößert, wenn als Folge des Zusammenschlusses hinter gleichbleibenden Marktanteilen in Zukunft höhere Ressourcen stehen.

Das Umsatzkriterium und die Marktvolumensgrenze sollen die Vermutung auf gewichtige Zusammenschlußfälle begrenzen. Für die Marktvolumensgrenze sind die Umsätze auf sämtlichen beherrschten Märkten unter Einschluß der Umsätze der Wettbewerber auf diesen Märkten zusammenzurechnen. Dadurch wird erreicht, daß auch die Kumulation von Größe mit einer Mehrzahl beherrschender Stellungen auf Märkten, die bei isolierter Betrachtung ein weniger hohes Volumen haben, von der Vermutung mit erfaßt wird. Dies ist gerechtfertigt, weil das Potential der an einem Zusammenschluß beteiligten Unternehmen auch dann zunimmt, wenn durch den Zusammenschluß Ressourcen mit Marktbeherrschung auf mehreren geringervolumigen Märkten kombiniert werden, deren kumulierte Umsätze insgesamt die Umsätze auf einem höhervolumigen Markt erreichen.

c) Absatz 1 Nr. 2 trägt der Erfahrung Rechnung, daß bei Zusammenschlüssen von einer Größenordnung ab 10 Milliarden Deutsche Mark. Gesamtjahresumsatz angenommen werden kann, daß zumindest in Teilbereichen, auf denen die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen tätig sind, allein als Folge der Ressourcenkumulation überragende Marktstellungen entstehen oder verstärkt werden. Dies wird dann nicht gelten, wenn die relevanten Märkte zum Beispiel wegen der Besonderheiten der auf ihnen angebotenen Produkte bereits durch ähnlich große oder noch größere Unternehmen geprägt und gleichwohl noch nicht oligopolistisch verengt sind. Die Vermutung ist auch dann widerlegt, wenn bei Zusammenschlüssen, die sich ausschließlich auf neue Märkte auswirken, nachgewiesen ist, daß ohne den Zusammenschluß der neue Markt gar nicht zur Entstehung gelangen würde.

Das zweite quantitative Erfordernis der Nummer 2 — mindestens zwei der beteiligten Unternehmen müssen Umsatzmilliardäre sein — stellt dabei sicher, daß nur Zusammenschlüsse zwischen Großunternehmen, nicht aber Zusammenschlüsse zahlreicher kleinerer Unternehmen oder eines großen mit einem oder mehreren kleineren Unternehmen unter die Vermutung fallen. In diesen Fällen kann nicht angenommen werden, daß als Folge der bloßen Ressourcenkumulation marktbeherrschende Stellungen entstehen oder verstärkt werden.

Die Anwendung der Vermutung auf Gemeinschaftsunternehmen ist nur gerechtfertigt, wenn es sich um Märkte von einigem Volumen (vor allem Märkte für bereits eingeführte Waren und Dienstleistungen) handelt, weil nur hier von dem strukturellen Risiko einer weitgehenden Poolung der Ressourcen der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen, ggf. auch von einer Verlagerung von Produktionen von den Mutterunternehmen auf das Gemeinschaftsunternehmen, ausgegangen werden kann. Die Vermutung gilt deshalb nicht für Zusammenschlüsse in Form des Gemeinschaftsunternehmens, es sei denn, es handelt sich um einen Markt mit mindestens fünfhundert Millionen Deutscher Mark Marktvolumen.

d) § 23 a Abs. 2 verändert für die Zusammenschlußkontrolle den Tatbestand des marktbeherrschenden Oligopols in § 22 Abs. 2. Für den Bereich gewichtiger, sehr enger Oligopole muß es wegen der Risiken, die hier von jeder weiteren Marktverengung durch Zusammenschluß ausgehen können, entscheidend auf die längerfristigen strukturellen Negativwirkungen insbesondere gegen-

über den Außenseitern ankommen, nicht aber auf das aktuelle Wettbewerbsverhalten zwischen den Oligopolisten. Kurzfristig können Zusammenschlüsse den Binnenwettbewerb in engen Oligopolen sogar intensivieren. Die längerfristige Entwicklung der Marktstruktur hängt jedoch im wesentlichen von der Position des Oligopols gegenüber den übrigen Wettbewerbern ab. Existieren nach dem Zusammenschluß überhaupt keine Außenseiter mehr am Markt oder verfügen die Unternehmen, die das Oligopol bilden, in ihrer Gesamtheit im Außenverhältnis über eine überragende Marktstellung, so ist zu erwarten, daß durch den Zusammenschluß die strukturellen Voraussetzungen für den zukünftigen Wettbewerb erheblich verschlechtert werden.

Auf diesen Überlegungen beruht die Formulierung des neuen § 23 a Abs. 2. Im Bereich enger Oligopole auf bedeutsamen Märkten wird der Binnenwettbewerb als Kriterium für die Feststellung der Marktbeherrschung der Oligopolisten in ihrer Gesamtheit aufgegeben. Im Außenverhältnis muß jedoch das Oligopol die Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 Nr. 2 erfüllen. Dies wird z. B. dann der Fall sein, wenn die übrigen Wettbewerber disproportional kleiner als die Oligopolunternehmen sind. Umgekehrt wird das Entstehen oder die Verstärkung einer überragenden Marktstellung nicht angenommen werden können, wenn Außenseiter und Oligopolisten annähernd die gleiche Größenordnung haben oder der oder die Außenseiter die Oligopolunternehmen sogar größenmäßig überragen.

Absatz 2 Satz 1 2. Halbsatz legt dabei fest, daß zum Oligopol die Unternehmen zählen, die auf den relevanten Märkten die höchsten Marktanteile besitzen.

Absatz 2 Satz 2 beschränkt den von § 22 Abs. 2 abweichenden Oligopoltatbestand ausdrücklich auf bestimmte, besonders gewichtige Fälle:

Satz 2 Buchstabe a) grenzt den Oligopoltatbestand auf große Unternehmen ein. Satz 2 Buchstabe b) sieht darüber hinaus vor, daß § 23 a Abs. 2 nur für Oligopole auf Märkten mit einem Mindestvolumen von hundert Millionen Deutsche Mark gilt. Satz 2 Buchstabe c) verlangt schließlich, daß die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen (einschließlich des Oligopolisten) einen Marktanteil von mehr als fünfzehn vom Hundert erreichen. Es werden also nur Zusammenschlüsse erfaßt, an denen Oligopolunternehmen mit bereits gewichtiger Marktposition beteiligt sind, nicht aber Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Oligopolisten mit vergleichsweise geringen Marktanteilen. Bei solchen asymmetrischen Oligopolen können die in der Stärkung des oder der kleineren Oligopolunternehmen liegenden positiven Aspekte die Risiken für den Wettbewerb aufwiegen, die sich aus der Stärkung oder Verengung des Oligopols in seiner Gesamtheit ergeben. Nur wenn sämtliche Mindestvoraussetzungen des Satzes 2 erfüllt sind, kann der neue Oligopoltatbestand Anwendung finden. In den übrigen Fällen bleibt es auch für die Zusammenschlußkontrolle beim geltenden § 22 Abs. 2.

e) Absatz 3 verweist für die Berechnung der Umsatzerlöse und Marktanteile auf die Rechenklauseln des § 23 Abs. 1 Satz 2 bis 6 und 8 bis 10. Dabei wurde Satz 7 ausdrücklich ausgelassen, so daß bei Presseunternehmen für die Anwendung der Vermutungen nur deren tatsächliche Umsatzerlöse in Ansatz gebracht werden.

**Zu Artikel 1 Nr. 5**

a) Die Anschlußklausel (§ 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 2) ist — wie die Bundesregierung schon in ihrer Stellungnahme zum ersten Hauptgutachten der Monopolkommission ausgeführt hat (Drucksache 8/702) — von Großunternehmen für eine Expansion in die kontrollfreien Bereiche genutzt worden, die der ursprünglich mittelstandspolitischen Zwecksetzung der Regelung eindeutig zuwiderläuft. Als Folge der Anschlußklausel konnte die wichtige Aufgabe der Fusionskontrolle, für eine ausgewogene Unternehmensstruktur Sorge zu tragen und dabei Existenz- und Wettbewerbsfähigkeit auch kleiner und mittlerer Unternehmen zu erhalten, nicht ausreichend erfüllt werden.

Der Erwerb von Unternehmen mit bis zu fünfzig Millionen Deutsche Mark Jahresumsatz hat mehr als 40 % aller angezeigten Zusammenschlüsse ausgemacht und in zahlreichen Fällen wettbewerbspolitisch bedenkliche Strukturwirkungen insbesondere dadurch ausgelöst, daß er den Anstoß gab für eine Kettenreaktion mit weiteren Konzentrationsvorgängen und der Beseitigung unabhängiger mittelständischer Unternehmen. Der Entwurf sieht deshalb eine Modifizierung der Anschlußklausel vor.

Klargestellt wird zunächst, daß — auch angesichts der Änderung des § 23 Abs. 1 Satz 8 und 9 — die Freistellung weiterhin nur dann gilt, wenn sich ein nicht abhängiges Unternehmen an ein anderes Unternehmen anschließt. Darüber hinaus bewirkt die Neufassung, daß der Zusammenschluß von Umsatzmilliardären mit kleinen und mittleren Unternehmen nur noch dann von der Zusammenschlußkontrolle freigestellt ist, wenn das erworbene Unternehmen weniger als 2 Millionen Deutsche Mark Jahresumsatz hat. Dadurch verbleibt ein ausreichender Freiraum für den kontrollfreien Anschluß von Unternehmen mit bis zu 50 Millionen Deutsche Mark Jahresumsatz an größere Unternehmen; ferner unterliegen reine Bagatellanschlüsse an Umsatzmilliardäre weiterhin nicht der Fusionskontrolle. Es wird jedoch sichergestellt, daß Großunternehmen durch Zusammenschlüsse nicht völlig unkontrolliert in mittelständisch strukturierte Märkte vordringen und dadurch weitere kleinere und mittlere Wettbewerber zur Aufgabe ihrer Selbständigkeit durch Anschluß an andere Unternehmen veranlassen können. Aus wettbewerbs- und mittelstandspolitischen Überlegungen ist bei solchen

Zusammenschlüssen das Interesse der Wettbewerber an der Erhaltung ihrer Selbständigkeit höher zu bewerten als das Interesse des einzelnen Unternehmers an einer unbeschränkten Verwertung der in seinem Unternehmen investierten Vermögenswerte zu einem Preis, der zwar für ihn günstig sein mag, letztlich jedoch zu Lasten der Marktstruktur, d. h. der Allgemeinheit und der an dem jeweiligen Markt verbleibenden kleinen und mittleren Unternehmen einschließlich der dort Beschäftigten geht.

Ob Zusammenschlüsse dieser Art zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen, wird dabei nach wie vor vom Ergebnis der nach § 24 Abs. 1 vorgeschriebenen wettbewerblichen Beurteilung abhängen; nicht jeder der Zusammenschlüsse, die nach der modifizierten Anschlußklausel in Zukunft kontrollpflichtig sein werden, führt notwendig zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsstrukturen. Der neue § 23 a Abs. 1 Nr. 1 gibt jedoch jetzt konkrete Anhaltspunkte dafür, wann sich Zusammenschlüsse zwischen großen und kleinen und mittleren Unternehmen dem Untersagungsbereich nähern.

b) § 24 Abs. 8 Nr. 3 des geltenden Rechts wurde gestrichen, weil die Erfahrungen gezeigt haben, daß auch Zusammenschlüsse mit nur örtlich begrenzten Auswirkungen gesamtwirtschaftlich von erheblicher Bedeutung sein können. Solche Zusammenschlüsse konnten bisher nicht erfaßt werden. Die übrigen Toleranzgrenzen des § 24 Abs. 8 stellen dabei ausreichend sicher, daß die Zusammenschlußkontrolle auf schwerwiegende Fälle begrenzt wird.

c) Die Neufassung der bisherigen Nummer 4 und künftigen Nummer 3 soll ausschließen, daß Zusammenschlüsse auf neuen, noch expandierenden Märkten nur deswegen nicht der Zusammenschlußkontrolle unterliegen, weil die Marktvolumensgrenze noch nicht erreicht wird. Die Fusionskontrolle muß in solchen Fällen eingreifen können, damit die gesamtwirtschaftlich besonders wichtigen neuen Märkte nicht bereits in der Entstehungsphase durch Zusammenschluß vermachtet werden. Die Fünfjahresfrist stellt dabei sicher, daß Zusammenschlüsse auf Märkten, die innerhalb dieses Zeitraums nicht über die Experimentierphase hinausgelangt sind, nicht der Fusionskontrolle unterliegen.

d) Die Neufassung des Absatzes 9 folgt aus der Streichung der Regionalklausel in § 24 Abs. 8 Nr. 3 des geltenden Rechts.

**Zu Artikel 1 Nr. 6**

a) Die Neufassung erweitert die Verpflichtung zur vorherigen Anmeldung auf die Zusammenschlüsse, an denen ein Doppelumsatzmilliardär beteiligt ist und die übrigen am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen Umsatzerlöse von weniger als eine Milliarde Deutsche Mark haben. Auch in solchen Fällen ist eine zwingend vorbeugende Kontrolle erforderlich, weil der Vollzug von Zusammenschlüssen unter Beteiligung eines Doppelumsatzmilliardärs zu Verschlechterungen der strukturellen Wettbewerbsvoraussetzungen auf dem betroffenen Markt führen kann, die im Falle einer Untersagung auch im Auflösungsverfahren nach § 24 Abs. 2 Satz 5 und Absatz 6 nicht rückgängig gemacht werden können. Insbesondere wenn kleine und mittlere Unternehmen in der Folge derartiger Zusammenschlüsse ihre Selbständigkeit aufgegeben haben, lassen sich die ursprünglichen Wettbewerbsstrukturen durch die Auflösung des vollzogenen Zusammenschlusses oft nicht wiederherstellen. Das Umsatzkriterium zwei Milliarden Deutsche Mark ist so gewählt, daß die von den Vermutungen im § 23 a Abs. 1 Nr. 1 erfaßten Unternehmen bereits vor Vollzug endgültige Klarheit über die wettbewerbliche Beurteilung ihres Zusammenschlusses haben und nicht mehr durch eine für sie unerwartete nachträgliche Untersagung überrascht werden können.

b) Die Neufassung erfolgt, weil die Verweisung auf § 46 Abs. 8 und § 47 durch die Streichung dieser Vorschriften gegenstandslos geworden ist.

c) Die Neufassung stellt sicher, daß in den präventiv kontrollpflichtigen Zusammenschlußfällen, in denen das Bundeskartellamt demjenigen, der die Anmeldung bewirkt hat, schriftlich mitgeteilt hat, daß es den Zusammenschluß nicht untersagen wird, das Vollzugsverbot des § 24 a Abs. 4 erster Halbsatz nicht gilt. Die beteiligten Unternehmen dürfen also nach Eingang der entsprechenden Mitteilung ihr Zusammenschlußvorhaben ungehindert vollziehen. Nach geltendem Recht müssen sie damit bis zum Ablauf der in Absatz 4 erster Halbsatz genannten Fristen warten, auch wenn das Bundeskartellamt ausdrücklich bestätigt hat, daß es nicht zu einer Untersagung kommen wird. Insbesondere in eilbedürftigen Fällen führt diese Wartefrist zu für die beteiligten Unternehmen unvertretbaren Belastungen, für die keine hinreichende wettbewerbspolitische Rechtfertigung besteht.

**Zu Artikel 1 Nr. 7**

Die Neufassung paßt die Vorschriften über die Zuleitung der von der Monopolkommission alle zwei Jahre zu erstellenden Gutachten an die Bundesregierung und die gesetzgebenden Körperschaften sowie deren Veröffentlichung an die entsprechende Regelung im Sachverständigenratsgesetz vom 14. August 1963 (BGBl. I S. 685), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967 (BGBl. I S. 582) an. Dadurch wird sichergestellt, daß die Gutachten nach der Zuleitung an die Bundesregierung unverzüglich den gesetzgebenden Körperschaften und der Öffentlichkeit zur Kenntnis gelangen können.

**Zu Artikel 1 Nr. 8**

a) Nach geltendem Recht muß bei Boykottaufrufen wegen des einschränkenden Tatbestandsmerk-

mals „bestimmte Wettbewerber" zwischen dem Veranlasser (Verrufer) und dem zu sperrenden Unternehmen ein Wettbewerbsverhältnis bestehen.

Die bisherigen Erfahrungen zeigen, daß diese Tatsache in zunehmendem Umfang gezielt zur Umgehung des Boykottverbots des § 26 Abs. 1 ausgenutzt wird, so daß diese Vorschrift nur noch einen verhältnismäßig kleinen Ausschnitt der wettbewerblich bedenklichen Boykott-Tatbestände zwischen Unternehmen erfaßt. Immer häufiger erscheinen in Presseerzeugnissen, insbesondere in Informationsdiensten der Wirtschaft oder in Mitteilungen oder Rundschreiben von Wirtschaftsverbänden an ihre Mitglieder Aufrufe zum Boykott bestimmter Unternehmen.

Derartige Aufrufe, die häufig von den am Boykott interessierten Unternehmen lanciert worden sind, können nach dem Wortlaut des geltenden § 26 Abs. 1 fast immer nicht verfolgt werden, weil kein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Presseorganen bzw. den Verbänden und dem Verrufenen besteht. Entweder sind sie auf anderen Märkten oder auf verschiedenen Wirtschaftsstufen tätig.

Die Neufassung stellt deshalb durch Ersatz des Tatbestandsmerkmals „bestimmte Wettbewerber" durch „bestimmte Unternehmen" klar, daß es auf ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Verrufer und Verrufenem nicht ankommt; denn die unter Wettbewerbsgesichtspunkten notwendige Verfolgung von Behinderungen des Verrufenen in seiner wirtschaftlichen und wettbewerblichen Betätigungsfreiheit kann nicht davon abhängen, ob die Behinderung durch einen Mitbewerber oder durch einen nicht konkurrierenden Dritten unternommen wird, weil sie den Verrufenen in beiden Fällen gleich schwer trifft.

b) Der neue § 26 Abs. 2 Satz 3 soll die Feststellung einer „relativen Marktmacht" eines Nachfragers gegenüber einem Anbieter durch Einführung einer Vermutung erleichtern und dadurch zu einer größeren Gleichgewichtigkeit bei der Anwendung des § 26 Abs. 2 gegenüber beiden Marktseiten beitragen.

Die Erfahrungen haben gezeigt, daß sich, anders als für die Anbieterseite, das Kriterium hoher Marktanteile, wie sie z. B. den Vermutungen des § 22 Abs. 3 zugrundeliegen, als Anhaltspunkt für die Ermittlung von Marktmacht auf der Nachfrageseite nur beschränkt eignet.

Der neue § 26 Abs. 2 Satz 3 knüpft daher an solche Sachverhalte an, in denen die regelmäßige Erlangung besonderer Vergünstigungen zusätzlich zu den im Geschäftsverkehr üblicherweise gewährten Preisnachlässen und sonstigen Leistungsentgelten durch einen Nachfrager von einem Anbieter ein Indiz für dessen Abhängigkeit von diesem Nachfrager ist. Bei solchen Sachverhalten ist die Kartellbehörde verpflichtet, in die Prüfung darüber einzutreten, ob eine Abhängigkeit im Sinne des § 26 Abs. 2 Satz 2 tatsächlich vorliegt. Eine Umkehr der Beweislast wird durch diesen „Aufgreiftatbestand" nicht bewirkt. Vielmehr hat die Kartellbehörde von Amts wegen auf Grund der ihr bekannten relevanten Umstände zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Abhängigkeit auch tatsächlich vorliegen. Die Vermutung greift nicht, wenn trotz des durch die Einräumung besonderer Vergünstigungen erzeugten äußeren Anscheins die nähere Prüfung ergibt, daß die Differenzierung in sachgerechter Weise dem Leistungsverhältnis des jeweiligen Austauschgeschäfts entspricht. Die Vermutung wird ferner durch den Nachweis ausgeräumt, daß dem Anbieter ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten auf andere Nachfrager zur Verfügung stehen. Dieser Nachweis kann sich z. B. aus den jeweiligen Marktanteilen des Anbieters und des Nachfragers, aus dem Verhältnis ihrer Unternehmensgrößen, aus dem Grad der Spezialisierung oder Sortimentsbreite oder aus der Knappheit bzw. dem Überangebot der in Frage stehenden Waren ergeben. Der neue Satz 3 bezieht sich ausschließlich auf den Tatbestand der „Abhängigkeit" nach § 26 Abs. 2 Satz 2. Die Beurteilung der Merkmale „unbillig behindern" bzw. „ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandeln" wird hierdurch nicht präjudiziert.

Aus der Natur der neuen Regelung als „Aufgreiftatbestand" folgt, daß sie allein für ein objektives Untersagungsverfahren nach § 37 a gelten kann.

Die Vermutung setzt voraus, daß ein Nachfrager im Verkehr nicht allgemein übliche Bedingungen „regelmäßig", d. h. über einen längeren Zeitraum in mehrmals wiederholten Fällen, bei einem — oder mehreren — bestimmten Anbietern erzielt, ohne daß offensichtliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß diese Vorzugsbehandlung die Folge besonderer Leistungen des Nachfragers für den Anbieter ist. Unterschiedliche Bedingungen auf Grund von unterschiedlich hohen Abnahmemengen, verschiedenen Funktionen der Nachfrager oder auf Grund ähnlicher sach- und leistungsbezogener Umstände begründen daher in keinem Fall die Abhängigkeitsvermutung. Erfaßt werden indessen vor allem solche Sondervergünstigungen, die, wie z. B. Eintrittsgelder, keinen ersichtlichen Bezug zu der konkreten Abnahmeleistung des Nachfragers haben. Der Begriff „gleichartige Nachfrager" stellt in erster Linie auf die Vergleichbarkeit der Funktion (z. B. Einzelhändler, Großhändler, industrieller Abnehmer etc.), nicht aber auf die Gleichheit der konkreten Abnahmeverhältnisse ab, da diese Gesichtspunkte bereits in den Begriffen „verkehrsübliche Preisnachlässe oder sonstige Leistungsentgelte" und „besondere Vergünstigungen" berücksichtigt sind.

c) Durch die Ergänzung von § 26 um einen neuen Absatz 3 werden solche Diskriminierungen ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots einbezogen, die dadurch verursacht werden, daß ein Nachfrager auf Grund seiner marktbeherrschenden Stellung im Sinne

von § 22 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 oder seiner „relativen Marktmacht" gemäß § 26 Abs. 2 Satz 2 einen von ihm abhängigen Anbieter zur Gewährung von sachlich ungerechtfertigten Vorzugsbedingungen, die andere vergleichbare Nachfrager nicht erhalten, veranlaßt.

Die neue Vorschrift eröffnet damit die Möglichkeit der Erfassung auch solcher Diskriminierungen, die zwar nach außen hin durch den Anbieter erfolgen, ihm in Wirklichkeit aber nicht zurechenbar sind, weil sie von dem marktstarken Nachfrager erzwungen werden. Die von dem Nachfrager erzwungene sachlich ungerechtfertigte Vorzugsbehandlung zu seinen Gunsten wird vielfach eine unbillige Behinderung marktschwächerer Nachfrager im Wettbewerb darstellen. Jedoch ist erfahrungsgemäß der Nachweis des konkreten Eintritts einer solchen Behinderung außerordentlich schwierig. Absatz 3 stellt daher klar, daß die von der Nachfrageseite veranlaßte Diskriminierung wegen der grundsätzlich mit ihr verbundenen Gefahr der Beeinträchtigung von Wettbewerbern und damit des Funktionierens des Wettbewerbs unter das Diskriminierungsverbot fällt. Insoweit gilt nichts anderes als für Anbieter, die zum Adressatenkreis des § 26 Abs. 2 gehören.

Der neue Absatz 3 knüpft grundsätzlich an den in Absatz 2 Satz 1 und Satz 2 bestimmten Adressatenkreis mit Ausnahme der preisbindenden Unternehmen an. Im Falle der „relativen Marktmacht" nach § 26 Abs. 2 Satz 2 muß es sich daher bei dem Unternehmen, das zur Gewährung einer sachlich ungerechtfertigten Vorzugsbedingung veranlaßt wird, stets um ein „abhängiges" Unternehmen im Sinne von Absatz 2 Satz 2 handeln. Dies ist durch Absatz 3 Satz 2 ausdrücklich klargestellt. Auch für die Auslegung des Begriffs „ohne sachlich gerechtfertigten Grund" gelten dieselben Maßstäbe, die die Rechtsprechung zu dem identischen Begriff in § 26 Abs. 2 Satz 1 entwickelt hat.

Zu den sachlich ungerechtfertigten Vorzugsbedingungen gehören die Vergünstigungen, die nicht leistungsgerecht sind, d. h. ihren Grund weder in der Menge der abgenommenen Waren oder Leistungen noch in den übernommenen Funktionen oder Serviceleistungen des Nachfragers noch in anderen betriebswirtschaftlich kalkulierbaren Gegenleistungen des Nachfragers haben, sondern auf der Ausnutzung von Marktmacht beruhen und anderen gleichartigen Nachfragern nicht zugänglich sind. Vorzugsbedingungen sind also diejenigen besonderen Vorteile, die zusätzlich zu den leistungsbedingten Nachlässen und sonstigen Leistungsentgelten von dem Nachfrager auf Grund seiner überlegenen Marktstellung bei dem Anbieter mit der Absicht durchgesetzt werden, sich damit im Wettbewerb eine weder markt- noch leistungsbedingte Vorzugsstellung gegenüber den marktschwächeren Konkurrenten zu verschaffen. Daher ist in Absatz 3 – anders als in dem Vermutungstatbestand des Absatzes 2 Satz 3 – auf den Begriff „Vorzugsbedingungen" abgestellt, da hierdurch deutlicher die wettbewerbsverzerrende Zielsetzung des veranlassenden Unternehmens zum Ausdruck kommt.

**Zu Artikel 1 Nr. 9**

a) Der neue § 35 Abs. 2 knüpft materiell an die geltende Schadensersatzbestimmung in § 35 Abs. 1 an, bezieht jedoch bei kartellbehördlichen Verfügungen, die den Schutz eines anderen bezwecken, den Zeitraum vom Erlaß dieser Verfügung bis zu ihrer Unanfechtbarkeit bzw. bis zu einer unanfechtbaren Feststellung nach dem neuen § 70 Abs. 3 in die Schadensersatzverpflichtung mit ein. Die Vorschrift trägt damit dem Interesse der Geschädigten an einem möglichst vollständigen Ausgleich des ihnen durch kartellrechtswidriges unternehmerisches Verhalten entstandenen Schadens Rechnung. Die Entstehung eines Schadensersatzanspruches nach § 35 Abs. 2 setzt voraus, daß die Verfügung, mit der die Kartellbehörde ein unternehmerisches Verhalten beanstandet hat, unanfechtbar wird oder eine unanfechtbare Feststellung nach § 70 Abs. 3 ergeht. Der neue Absatz 2 bedeutet keine rückwirkende Begründung von Schadensersatzpflichten, da ein Verwaltungsakt stets im Zeitpunkt seiner Bekanntgabe wirksam wird (§ 43 Abs. 1 Verwaltungsverfahrengesetz) und damit von diesem Zeitpunkt ab Tatbestands- und Feststellungswirkungen entfaltet, sofern er nicht gerichtlich aufgehoben wird. Zu den Verfügungen, die Schutzwirkungen zugunsten Dritter haben können, gehören nach Auffassung der Bundesregierung auch Mißbrauchsverfügungen insbesondere auf Grund der §§ 22 Abs. 5, 38 a Abs. 4 und § 103 Abs. 6. Da angesichts der Vielgestaltigkeit des Wirtschaftslebens eine gesetzliche Festlegung der einzelnen Fälle, in denen Schutzwirkungen eintreten sollen, nicht möglich ist, wird es primär Aufgabe der Rechtsprechung sein, Maßstäbe für den Schutzcharakter der verschiedenen Mißbrauchsverfügungen zu entwickeln. Generell wird jedoch davon auszugehen sein, daß Mißbrauchsverfügungen, mit denen die Behinderung von Wettbewerbern oder die „Ausbeutung" von Abnehmern untersagt wird, neben der Sicherung des Wettbewerbs auch den Schutz der betroffenen Wettbewerber bzw. Abnehmer, sofern sie abgegrenzt werden können, bezwecken.

   Wie § 35 Abs. 1 setzt auch der Schadensersatzanspruch nach dem neuen Absatz 2 ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) des betroffenen Unternehmens, dem ein bestimmtes Verhalten durch eine kartellbehördliche Verfügung untersagt worden ist, voraus. Wann ein Verschulden vorliegt, richtet sich wie im Absatz 1 nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts, die insbesondere auch in der Rechtsprechung zu § 823 Abs. 2 BGB ihren Ausdruck gefunden haben.

b) Die Änderung folgt aus der Einfügung des neuen § 35 Abs. 2.

**Zu Artikel 1 Nr. 10**

Die Änderung der Überschrift des 7. Abschnitts ist erforderlich, da in diesen Abschnitt die neue Regelung der „Mehrerlösabschöpfung" (§ 37 b) eingefügt wird.

**Zu Artikel 1 Nr. 11**

§ 37 b gibt der Kartellbehörde die Möglichkeit, durch eine Abschöpfung des Mehrerlöses zu verhindern, daß einem Unternehmen der Vermögensvorteil verbleibt, den es durch die Fortführung eines mit einer Verfügung nach § 22 Abs. 5 oder § 103 Abs. 6 untersagten Mißbrauchs erlangt hat. Die Vorschrift dient der Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustandes, indem die Kartellbehörde die Befugnis erhält, rechtswidrig erlangte Vermögensvorteile abzuschöpfen. Dabei geht es nicht um die Ahndung einer Ordnungswidrigkeit; vielmehr wird ein wirtschaftlicher Unrechtstatbestand im öffentlichen Interesse korrigiert. Die Vorschrift entspricht damit dem Gebot der Gerechtigkeit. Sie ist auf die in den §§ 22 und 103 erfaßten Fälle der mißbräuchlichen Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen begrenzt, da solche Machtmißbräuche besonders gravierende Störungen des Wettbewerbs darstellen.

Der Begriff „Mehrerlös" erfaßt in erster Linie die Vermögensvorteile, die sich aus der Durchsetzung von mißbräuchlichen überhöhten Preisen ergeben. Wie der neue § 35 Abs. 2 betrifft auch § 37 b den Zeitraum zwischen dem Erlaß einer Mißbrauchsverfügung und der Unanfechtbarkeit dieser Verfügung bzw. dem in einer Feststellung nach § 70 Abs. 3 bestimmten Datum. Voraussetzung ist somit stets, wie in § 35 Abs. 2, die unanfechtbare Bestätigung der kartellbehördlichen Verfügung. Auch das Erfordernis des Verschuldens entspricht der Regelung in dem neuen § 35 Abs. 2.

Um eine Doppelbelastung der betroffenen Unternehmen zu vermeiden, darf die Mehrerlösabschöpfung nicht erfolgen, wenn und soweit der Vermögensvorteil durch Schadensersatzleistungen ausgeglichen ist. Außerdem bestimmt § 37 b Abs. 2, daß die Kartellbehörde von der Mehrerlösabschöpfung absehen soll, wenn sie mit einer unbilligen Härte verbunden wäre oder der Vermögensvorteil gering ist. Eine unbillige Härte kann insbesondere vorliegen, wenn die Existenz des betreffenden Unternehmens durch die Abschöpfung gefährdet würde.

Die Mehrerlösabschöpfung hat die Mißbrauchsfälle im Auge, bei denen zivilrechtliche Schadensersatzansprüche aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht geltend gemacht werden können, insbesondere weil die Mißbrauchsverfügung im Einzelfall keinen Schutzcharakter im Sinne von § 35 besitzt oder weil sich der Schaden auf eine Vielzahl von Abnehmern verteilt, deren individueller Schaden sehr gering ist. Ist nach den Umständen des jeweiligen Falles zu erwarten, daß ein rechtswidrig erlangter Vermögensvorteil durch Schadensersatzleistungen ganz oder teilweise ausgeglichen wird, so wird die Kartellbehörde zweckmäßigerweise von der Anordnung der Abschöpfung bis zur rechtlichen Klärung der Schadensersatzansprüche absehen. Für den Fall, daß die Kartellbehörde in Unkenntnis laufender Schadensersatzprozesse die Mehrerlösabschöpfung durchgeführt hat, sieht Absatz 4 im Interesse des betroffenen Unternehmens vor, daß bei Vorlage einer rechtskräftigen Entscheidung über einen Schadensersatzanspruch die Anordnung der Abführung des Mehrerlöses von der Kartellbehörde insoweit nicht mehr vollstreckt wird. Diese Regelung ist insoweit, wie auch die übrigen Bestimmungen des § 37 b im wesentlichen den Vorschriften des Wirtschaftsstrafgesetzes 1954 über die Abführung des Mehrerlöses (§§ 8 und 9 WiStG) nachgebildet. Im Interesse einer Vereinfachung des Verfahrens ist in Absatz 4 allerdings nicht die Befriedigung von Geschädigten unmittelbar durch die Kartellbehörden aus dem abgeführten Mehrerlös vorgesehen. Vielmehr erfolgt entsprechend der generellen Aufgabenstellung der Kartellbehörden in den Fällen, in denen nach Durchführung der Mehrerlösabschöpfung private Schadensersatzansprüche gegenüber den betroffenen Unternehmen durchgesetzt werden, eine Rückerstattung des abgeführten Mehrerlöses durch die Kartellbehörde an das Unternehmen.

**Zu Artikel 1 Nr. 12**

a) Die Neufassung des § 38 Abs. 1 Nr. 2 folgt aus den Änderungen, die die §§ 12 (vgl. Nummer 1), 102 (vgl. Nummer 26) und 103 (vgl. Nummer 27) erfahren haben.

b) Die Neufassung des § 38 Abs. 1 Nr. 4 folgt aus den Änderungen, die die §§ 12 (vgl. Nummer 1), 38 a (vgl. Nummer 13), 102 (vgl. Nummer 26) und 103 (vgl. Nummer 27) erfahren haben.

c) Die Neufassung des § 38 Abs. 1 Nr. 5 dehnt die Bußgeldandrohung auf Verstöße gegen solche Verfügungen aus, bei denen die Beschwerde gemäß § 63 Abs. 1 keine aufschiebende Wirkung hat und bei denen das Beschwerdegericht nicht die aufschiebende Wirkung nach § 63 a Abs. 3 angeordnet hat. Diese Erweiterung entspricht dem Gerechtigkeitsgebot. Sie stellt Verfügungen, die bereits kraft Gesetzes sofort vollziehbar sind, unter den gleichen Sanktionsschutz wie die behördlichen Anordnungen der sofortigen Vollziehung nach § 63 a Abs. 1. Besondere Bedeutung kommt dieser Regelung im Hinblick auf die Änderung des § 63 Abs. 1 Nr. 2 zu, derzufolge Beschwerden gegen Mißbrauchsverfügungen nach § 22 Abs. 5 und § 103 Abs. 5 keine aufschiebende Wirkung entfalten.

d) Die geltende Verbotsnorm für vertikale Preisempfehlungen in § 38 Abs. 1 Nr. 12 („bestimmte" Preise zu fordern oder anzubieten) ist insofern mißverständlich, als der Wortlaut die Auslegung zuläßt, daß Empfehlungen ohne einen genau bestimmten Preis, wie z. B. Rahmenpreis- oder Preisspannenempfehlungen, zulässig seien. Wettbewerbspolitisch wäre jedoch eine solche Interpretation nicht vertretbar, da die Gefahr faktischer Bindungswirkungen gerade bei Empfehlungen, die z. B. eine Ober- und eine Untergrenze

angeben, besonders groß ist. In das Verbot des § 38 Abs. 1 Nr. 12 ist daher durch die Neuregelung ausdrücklich die Empfehlung einbezogen, „bestimmte Ober- oder Untergrenzen bei der Preisfestsetzung zu beachten".

e) Die in § 38 Abs. 4 vorgesehene Erweiterung des Bußgeldrahmens von bisher 100 000 DM auf 1 Million DM ist auf Grund der seit 1958 eingetretenen wirtschaftlichen Entwicklungen erforderlich, um schwerwiegende Gesetzesverstöße mit einer angemessenen Sanktion ahnden zu können. Bereits im Regierungsentwurf zum GWB vom Januar 1955 waren Bußgelder bis zur Höhe von 1 Million DM vorgesehen (BT-Drucksache II/1158, § 31). In den parlamentarischen Beratungen ist der Bußgeldrahmen jedoch auf 100 000 DM begrenzt worden u. a. mit dem Hinweis auf die damals nach dem StGB höchstmögliche Geldstrafe von 100 000 DM (BT-Drucksache II/3644 zu § 31). Inzwischen ist aber auch die Obergrenze für Geldstrafen nach dem StGB auf 3,6 Millionen Deutsche Mark angehoben worden. Ferner hat der Gesetzgeber des Jahres 1957 berücksichtigt, daß die Wirtschaft einer gewissen Gewöhnungszeit für das Kartellgesetz bedürfe. (Gemeinschaftskommentar, 1. Auflage, § 38 Anm. 3 c).

Bereits in der Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht 1972 des Bundeskartellamtes (BT-Drucksache VI/3570, S. VI) hatte die Bundesregierung darauf hingewiesen, daß nach fast 15jähriger Geltung des Gesetzes die Unternehmen hinreichend Gelegenheit hatten, sich auf das neue Recht einzustellen. Die Sicherung der Wettbewerbsordnung ist eine wichtige staatliche Aufgabe; wenn die Kartellbehörde bei gravierenden Gesetzesverstößen nicht angemessen vorginge, würde sie ihrem Auftrag nicht gerecht.

Inzwischen ist das Gesetz 20 Jahre in Kraft. Das Bundeskartellamt hat in mehreren Fällen Bußgelder in Millionenhöhe verhängt. Es hat sich indessen gezeigt, daß die Berechnung der Bußgeldhöhe nach dem Mehrerlös mit großen Schwierigkeiten verbunden ist, die vielfach einer gerechten Sanktion im Wege stehen. Im Hinblick auf die seit dem Inkrafttreten des GWB erheblich veränderte wirtschaftliche Situation, die sich u. a. in den erheblich gestiegenen durchschnittlichen Umsatzzahlen der Unternehmen widerspiegelt, ist es daher gerechtfertigt, nunmehr den allgemeinen Bußgeldrahmen zu erweitern.

Mit der Erweiterung des Bußgeldrahmens wird der Auffassung der Bundesregierung Ausdruck verliehen, daß gravierende Wettbewerbsverstöße keine „Kavaliersdelikte" sind, sondern eine schwerwiegende Störung der öffentlichen Ordnung darstellen, die im Interesse der Allgemeinheit wirksamen Sanktionen unterworfen werden müssen.

f) Durch den neuen Absatz 5, der in Anlehnung an § 88 Abs. 2 des Börsengesetzes formuliert worden ist, soll wegen der besonderen Schwierigkeiten, die mit der Aufklärung von kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeiten in der Regel verbunden sind, klargestellt werden, daß sich die Verjährung der Verfolgung derartiger Ordnungswidrigkeiten auch dann, wenn die Tat unter Verwendung von Druckschriften begangen wird, nicht nach den kurzen presserechtlichen Verjährungsvorschriften, sondern nach den Vorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten richtet.

**Zu Artikel 1 Nr. 13**

a) Die Änderung ist eine notwendige Folge der Ergänzung von § 38 Abs. 1 Nr. 12. Durch die Worte „ausschließlich eine bestimmte Preisangabe enthalten" wird klargestellt, daß die Freistellung vom Empfehlungsverbot nach § 38 a Abs. 1 nur dann gilt, wenn allein ein einziger, genau bestimmter Preis für eine Markenware empfohlen wird, nicht aber auch bei der Empfehlung von z. B. Preisspannen oder Rahmenpreisen. Das Wort „ausschließlich" bezieht sich nur auf die Angabe des Preises und schließt daher zusätzliche Angaben werbemäßiger Art, die mit der Empfehlung des Preises verbunden sind, nicht aus.

b) § 38 a Abs. 3 sieht eine einfache Anzeigepflicht für Unverbindliche Preisempfehlungen, die unter die Freistellung des § 38 a Abs. 1 fallen, vor. Eine wirksame Kontrolle der Preisempfehlungen setzt einen möglichst großen Überblick der Kartellbehörde über die praktischen Anwendungsschwerpunkte der Unverbindlichen Preisempfehlungen voraus.

Eine solche Übersicht ist für das Bundeskartellamt vor allem im Bereich der intransparenten Händlerpreisempfehlungen (Bruttopreislisten) zur Zeit nur sehr schwer zu erlangen. Insofern kann die Einführung einer Pflicht zur Anzeige der Preisempfehlungen beim Bundeskartellamt die Durchführung der Mißbrauchsaufsicht erleichtern und zeitlich beschleunigen.

Um den mit einer solchen Anzeigepflicht verbundenen verwaltungsmäßigen Mehraufwand für die Unternehmen wie für das Bundeskartellamt in möglichst engen Grenzen zu halten, ist das im Entwurf vorgesehene Anmeldeverfahren so einfach und formlos wie möglich ausgestaltet und von einer förmlichen Registrierpflicht, wie sie bis 1973 für die Preisbindungen und die Verbraucherpreisempfehlungen bestand, abgesehen worden.

Aus diesem Grunde beschränkt sich die Anzeigepflicht auf folgende Angaben:

— Name und Anschrift des empfehlenden Unternehmens;

— Angabe der Artikel oder Artikelgruppen, für die Preisempfehlungen ausgesprochen werden;

— Art der Bekanntgabe der Preisempfehlung (z. B. Preisliste, Zeitungswerbung, Warenaufdruck);

— Meldung der Aufgabe der Preisempfehlung und Änderungen der angezeigten Angaben.

Die Einbeziehung einer Verpflichtung auch zur Anmeldung der empfohlenen Preise wäre angesichts des Umfangs der Bruttopreislisten, insbesondere bei Ersatzteilen und sonstigen Massensortimenten und angesichts der dann notwendigen häufigen Korrektur- und Änderungsmeldungen mit einem übermäßigen Verwaltungsaufwand beim Bundeskartellamt ebenso wie bei den Herstellern verbunden, so daß die Effizienz der Mißbrauchsaufsicht eher beeinträchtigt als erhöht würde. Von einer solchen Vorlagepflicht wurde daher abgesehen.

Bei Verletzung einer Anzeigepflicht als Verstoß gegen eine Verfahrensvorschrift sieht der Entwurf die Verhängung eines Bußgeldes vor (§ 39 Abs. 1 Nr. 4). Jedoch ist die Wirksamkeit der Preisempfehlung nicht von der Erfüllung der Anzeigepflicht abhängig.

c) Die veränderte Bezifferung der bisherigen Absätze 3 bis 6 des § 38 a ergibt sich als Konsequenz aus der Einfügung des neuen Absatzes 3.

d) Dem Mißbrauchstatbestand der überhöhten Preisempfehlungen (§ 38 a Abs. 4 Nr. 3) kommt für eine wirksame Kontrolle über die Unverbindliche Preisempfehlung besondere Bedeutung zu. Nach der geltenden Fassung bezieht sich dieser Mißbrauchstatbestand mit seinem Merkmal „Mehrzahl von Fällen" auf den gesamten räumlichen Markt der Bundesrepublik Deutschland. Die Feststellung eines Mißbrauchs erfordert daher entsprechend umfangreiche Ermittlungen durch das Bundeskartellamt. Zur Verringerung des Untersuchungsaufwandes sieht der Entwurf deshalb vor, daß als relevanter Markt für die erforderliche Feststellung einer „Mehrzahl von Fällen" im Sinne dieses Mißbrauchstatbestandes auch ein „wesentlicher Teil" der Bundesrepublik Deutschland ausreicht. Der Begriff „wesentlicher Teil" läßt sich nicht generell festlegen. Mit Sicherheit reicht jedoch das Gebiet auch einer Großgemeinde nicht aus, während Gebiete in der Größenordnung von Bundesländern, soweit sie Flächenstaaten sind, in aller Regel als „wesentlicher Teil" des Geltungsbereichs des Kartellgesetzes angesehen werden können.

e) Das geltende Auskunftsrecht nach dem bisherigen § 38 a Abs. 4 GWB ist auf Unternehmen beschränkt, die Preisempfehlungen aussprechen. Diese enge Begrenzung des Auskunftsrechts hat sich insoweit als ungenügend erwiesen, als befragte Unternehmen häufig aus Unkenntnis des Empfehlungscharakters der verwendeten Bruttopreislisten eine Auskunft des Bundeskartellamtes mit der Behauptung verweigert haben, sie praktizierten keine Preisempfehlungen. Die in diesen Fällen notwendigen zusätzlichen und zeitaufwendigen Ermittlungen bei den Abnehmern dieser Unternehmen werden durch die Neuregelung des § 38 a Abs. 5 Satz 1 vermieden, indem das Auskunftsrecht — in Anlehnung an das allgemeine Auskunftsrecht nach § 46 GWB — gegenüber Unternehmen schlechthin begründet wird, soweit die Auskunft für die Überwachung von Preisempfehlungen erforderlich ist.

f) Die Ersetzung der Zahl 3 durch die Zahl 4 in der Verweisung folgt aus der veränderten Bezifferung der bisherigen Absätze 3 bis 6.

g) Nach der geltenden Regelung des bisherigen § 38 a Abs. 6 GWB kann einem Unternehmen die weitere Verwendung von Preisempfehlungen generell untersagt werden, wenn ihm gegenüber zwei unanfechtbare Mißbrauchsverfügungen ergangen sind. Das Untersagungsrecht besteht jedoch nicht, wenn gegen ein Unternehmen zweimal wegen Verstoßes gegen die Vorschriften des § 38 a Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB rechtskräftig Bußgelder verhängt worden sind oder wenn eine Mißbrauchsverfügung und ein Bußgeldbescheid ergangen sind. Durch die vorgeschlagene Erweiterung des § 38 a Abs. 7 Satz 1 GWB werden nunmehr auch solche Fälle erfaßt. Die Änderung des Satzes 2 folgt aus der Erweiterung des § 38 a Abs. 7 Satz 1.

**Zu Artikel 1 Nr. 14**

a) Die Anpassung der Verweisung ergibt sich aus der veränderten Bezifferung des § 38 a Abs. 5.

b) Durch diese Einfügung wird bei einer schuldhaften Verletzung der durch § 38 a Abs. 3 eingeführten Anzeigepflicht für Unverbindliche Preisempfehlungen eine Geldbuße vorgesehen, die nach Absatz 2 fünfzigtausend Deutsche Mark nicht übersteigen darf. Diese Regelung entspricht den Sanktionen, die in § 39 für die Verletzung der sonstigen Anzeigepflichten nach dem Kartellgesetz vorgesehen sind.

**Zu Artikel 1 Nr. 15**

In der Neufassung des § 44 Abs. 1 wird die Wahrnehmung der Mißbrauchsaufsicht nach dem neuen § 12 Abs. 2 über Ausfuhrkartelle im Sinne des § 6 Abs. 1 dem Bundesminister für Wirtschaft übertragen. Diese Kompetenzregelung erscheint wegen der engen Verknüpfung der Kontrolle von Exportkartellen mit den außenwirtschaftlichen Interessen der Bundesrepublik Deutschland geboten.

**Zu Artikel 1 Nr. 16**

Die Ausdehnung des Berichtszeitraumes von einem auf zwei Jahre hat sich als zweckmäßig erwiesen, weil dieser längere Zeitraum — ähnlich wie beim alle zwei Jahre zu erstattenden Gutachten der Monopolkommission — besser geeignet ist, die Tendenzen in der Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse insgesamt und auf den einzelnen Märkten zu erfassen und zu würdigen. Darüber hinaus hat die bisherige, relativ kurzfristige Berichterstattung einen sehr hohen Verwaltungsaufwand und damit verbundene Kosten verursacht.

**Zu Artikel 1 Nr. 17**

Die Neufassung des § 56 Nr. 3 beruht auf den Änderungen, die §§ 12 (vgl. Nummer 1), 38 a (vgl. Num-

mer 13), 102 (vgl. Nummer 26) und 103 (vgl. Nummer 27) erfahren haben.

**Zu Artikel 1 Nr. 18**

Die Neufassung des § 58 Nr. 4 beruht auf den Änderungen, die §§ 12 (vgl. Nummer 1), 38 a (vgl. Nummer 13), 102 (vgl. Nummer 26) und 103 (vgl. Nummer 27) erfahren haben.

**Zu Artikel 1 Nr. 19**

Durch die Streichung von § 22 Abs. 5 und die Nichtaufnahme des neuen § 103 Abs. 5 in § 63 Abs. 1 Nr. 2 entfällt für diese Mißbrauchsverfügungen — ebenso wie es bereits nach geltendem Recht bei Mißbrauchsverfügungen gegenüber Unverbindlichen Preisempfehlungen der Fall ist (§ 38 a Abs. 3) — die aufschiebende Wirkung der Beschwerde, so daß diese Verfügungen kraft Gesetzes sofort vollzogen werden können, ohne daß es einer Anordnung der Kartellbehörde nach § 63 a Abs. 1 bedarf. Nach § 63 a Abs. 3 Satz 2 kann jedoch die Kartellbehörde die Vollziehung der Verfügung aussetzen. Sie soll dies insbesondere dann tun, wenn die Vollziehung für das Unternehmen eine unbillige Härte zur Folge hätte. Setzt die Kartellbehörde die Vollziehung nicht aus, so bleibt dem betroffenen Unternehmen nach § 63 a Abs. 3 Satz 3 zusätzlich noch die Möglichkeit, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde durch gerichtliche Anordnung herbeizuführen.

Mit der Neuregelung der Vollziehbarkeit von Mißbrauchsverfügungen gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen wird dem vorrangigen Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst raschen Beseitigung von Machtmißbräuchen Rechnung getragen. Die in den §§ 22 und 103 erfaßte mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung stellt — unabhängig von den unterschiedlichen Formen des Mißbrauchs — eine besonders schwerwiegende Art der Beeinträchtigung des Wettbewerbs und der Funktionsfähigkeit des Marktes dar. Im Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft ist die entsprechende Mißbrauchsvorschrift des Artikels 86 daher auch als unmittelbare, mit Bußgeld bedrohte Verbotsnorm ausgestaltet. Auch nach dem deutschen Kartellrecht sind spezielle Formen des Mißbrauchs, nämlich die „unbillige Behinderung" und die „Diskriminierung" nach § 26 Abs. 2 unmittelbar verboten. Wenn der Gesetzgeber die Mißbrauchsaufsicht nach § 22 und § 103 anders gestaltet hat, so beruht dies nicht auf der geringeren wettbewerbspolitischen Bedeutung der dort erfaßten Mißbrauchsformen, sondern ist eine Folge der Unbestimmtheit der Begriffe „Marktbeherrschung" und „mißbräuchliche Ausnutzung". Werden aber diese schweren Formen der Wettbewerbsstörung durch eine Mißbrauchsverfügung im Einzelfall konkretisiert, so besteht generell das öffentliche Interesse an dem raschen Vollzug dieser Untersagungsverfügung, da andernfalls irreparable Beeinträchtigungen des Wettbewerbs drohen. Dies wird besonders augenfällig bei mißbräuchlich überhöhten Preisen marktbeherrschender Unternehmen. Da mit der Marktbeherrschung häufig auch eine gewisse Preisführerschaft verbunden ist, haben mißbräuchlich überhöhte Preise marktbeherrschender Unternehmen Wirkungen, die zum Teil erheblich über das unmittelbare Verhältnis dieser Unternehmen zu ihren Abnehmern hinausgehen. Die Beeinflussung der Marktverhältnisse ist dabei um so größer, je länger das mißbräuchliche Verhalten andauert. Andererseits ist nicht davon auszugehen, daß eine unter Umständen erst nach Jahren wirksam werdende Mißbrauchsverfügung in der Lage ist, alle negativen Wirkungen des mißbräuchlichen Verhaltens auf den Markt wieder rückgängig zu machen. Einer raschen Durchsetzung kartellbehördlicher Mißbrauchsverfügungen nach § 22 Abs. 5 und § 103 Abs. 6 kommt daher wettbewerbspolitisch erhebliche Bedeutung zu. Ebenso wenig wie in den Fällen des in § 80 VwGO vorgesehenen gesetzlichen Ausschlusses des Suspensiveffektes wird durch die Änderung des § 63 die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie verletzt, denn das Beschwerdegericht kann jederzeit auf Antrag die aufschiebende Wirkung wiederherstellen. Auch anderen Rechtsbereichen ist die Ausstattung von Verwaltungsakten mit sofortiger Vollziehbarkeit kraft Gesetzes nicht fremd. So haben z. B. Widerspruch und Anfechtungsklage gegen den Widerrufsbescheid in Bezug auf Genehmigungen nach dem Außenwirtschaftsgesetz nach § 30 Abs. 4 Satz 2 AWG keine aufschiebende Wirkung. Das gleiche gilt nach § 49 KWG für bestimmte Maßnahmen des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen.

Angesichts der volkswirtschaftlichen Schäden, die durch den Mißbrauch von Marktmacht entstehen können, ist daher nach Auffassung der Bundesregierung eine Angleichung der sofortigen Vollziehbarkeit der Mißbrauchsverfügungen nach § 22 und § 103 an den für § 38 a Abs. 3 bereits bestehenden Rechtszustand geboten.

Die Änderung der bisherigen Anführungen „§ 12 Abs. 2" und „§ 102 Abs. 2 oder 3" in „§ 12 Abs. 3" und „§ 102 Abs. 4 oder 5" folgt aus der Änderung der angeführten Bestimmungen. Ebenfalls waren, da kein generelles öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit besteht, die Verfügungen der Kartellbehörde auf Grund des neu geschaffenen § 37 b in § 63 Abs. 1 Nr. 2 aufzunehmen.

**Zu Artikel 1 Nr. 20**

a) In Anlehnung an die in § 80 Abs. 4 Verwaltungsgerichtsordnung enthaltene Regelung wird in § 63 a Abs. 3 Satz 2 der Kartellbehörde die Möglichkeit eingeräumt, die Vollziehung einer von ihr erlassenen Verfügung, bei der die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat, selbst auszusetzen. Diese Regelung, die im Zusammenhang mit der Streichung des § 22 Abs. 5 und der Nichtaufnahme des neuen § 103 Abs. 6 in § 63 Abs. 1 Nr. 2 zu sehen ist, erweitert die Schutzmöglichkeiten der Unternehmen vor sofort vollziehbaren Verfügungen, da sie neben die jetzt in § 63 Abs. 3 Satz 3 geregelte Möglichkeit, beim Beschwerdegericht die Anordnung der aufschie-

benden Wirkung der Beschwerde zu beantragen, tritt.

Die Kartellbehörde ist im Rahmen eines sachgemäß ausgeübten Ermessens grundsätzlich frei, auf Grund welcher Umstände sie die Vollziehung aussetzen will. Absatz 3 Satz 2, 2. Halbsatz gibt aber die Richtung an, in die das Ermessen ausgeübt werden soll. So soll — wie beim gerichtlichen Verfahren zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde — die Kartellbehörde in erster Linie im konkreten Einzelfall das öffentliche Interesse an der möglichst schnellen Beseitigung eines beanstandeten Mißbrauchs gegenüber etwaigen Härten für das Unternehmen unter Berücksichtigung der rechtlichen Aspekte abwägen. Die Aussetzung, die auf Grund des kartellbehördlichen Ermessensspielraums auch befristet werden kann, hat zur Folge, daß die betroffenen Unternehmen während ihrer Dauer ein untersagtes Verhalten fortsetzen können, ohne Gefahr zu laufen, nach § 38 Abs. 1 Nr. 5 mit einem Bußgeld belegt zu werden.

b) Die Änderung des § 63 Abs. 4 behebt eine nach dem jetzigen Rechtszustand bestehende nicht einzusehende Ungleichbehandlung der Verfahren zu Wiederherstellung und zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 63 Abs. 3 Satz 1 und 3. Künftig gelten die Verfahrensregelungen des Absatzes 4 hinsichtlich des Zeitpunktes der Antragstellung, der Glaubhaftmachung, der Aufhebung der Vollziehung, der Sicherheitsleistung, der Befristung und der Auflagen auch für das Antragsverfahren nach Absatz 3 Satz 3.

**Zu Artikel 1 Nr. 21**

a) Der neue § 70 Abs. 3 stellt eine notwendige verfahrensrechtliche Ergänzung zu § 35 Abs. 2 und § 37 b dar. Die Erfahrung hat gezeigt, daß sich gerade Mißbrauchsverfügungen auf Grund der auf den Märkten rasch wechselnden tatsächlichen Verhältnissen im Laufe eines Rechtsmittelverfahrens häufig erledigen. Nach geltendem Recht (§ 70 Abs. 2 Satz 2) kann in solchen Fällen das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers lediglich feststellen, daß die Verfügung unzulässig oder unbegründet gewesen ist. Es kann aber nicht umgekehrt auch die positive Entscheidung treffen, daß die Verfügung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt rechtmäßig war. Damit entfiel aber bereits aus diesem prozessualen Grunde die Möglichkeit, Schadensersatz wegen eines Mißbrauchs in der Zeit nach Erlaß einer Mißbrauchsverfügung geltend zu machen.

Die neuen Vorschriften der §§ 35 Abs. 2 und § 37 b würden daher vielfach keine praktische Bedeutung erlangen können, wenn nicht das Beschwerdegericht bei Erledigung der Verfügung infolge veränderter tatsächlicher Verhältnisse oder wegen der Aufgabe des beanstandeten Verhaltens durch das betreffende Unternehmen auf Antrag der Kartellbehörde feststellen würde, ob, bis zu welchem Zeitpunkt und in welchem Umfange die Verfügung begründet gewesen ist. Nur durch diese Feststellung läßt sich sicherstellen, daß ein Unternehmen rechtswidrig erlangte Vermögensvorteile nicht einbehält.

b) Die Änderung ist eine Folge der Einführung des neuen Absatzes 3.

**Zu Artikel 1 Nr. 22**

Die Neufassungen innerhalb des § 80 Abs. 2 und Abs. 3 beruhen auf den Änderungen, die die §§ 12 (vgl. Nummer 1), 38 a (vgl. Nummer 13), 102 (vgl. Nummer 26) und 103 (vgl. Nummer 27) erfahren haben.

**Zu Artikel 1 Nr. 23**

Der neue Satz 2 legt fest, daß das gerichtliche Kartellordnungswidrigkeitsverfahren keinen Fall der notwendigen Verteidigung im Sinne von § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO darstellt, obwohl die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor einem Oberlandesgericht stattfindet. Damit steht es jedem Beschuldigten frei, ob er sich selbst verteidigt oder ob er einen Anwalt hinzuzieht. Der erforderliche Rechtsschutz wird durch § 140 Abs. 2 StPO hinreichend gewährleistet, wenn im Einzelfall die Mitwirkung eines Verteidigers, etwa auf Grund der schwierigen Sach- oder Rechtslage, notwendig erscheint. Diese Neuregelung erscheint sachgerecht, weil im Bußgeldverfahren häufig unkomplizierte kleinere Vorgänge zur Verhandlung kommen, bei denen die Verteidigung durch den Betroffenen selbst möglich und häufig, z. B. aus Kostengründen, auch erwünscht ist.

**Zu Artikel 1 Nr. 24**

Durch die Ergänzung des § 98 Abs. 2 wird der Geltungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für die Vorschriften, die Ausfuhrkartelle im Sinne von § 6 Abs. 1 betreffen, unabhängig von der generellen Regelung des Geltungsbereichs des Kartellgesetzes (§ 98 Abs. 2 Satz 1) selbständig gesetzlich bestimmt.

Diese ausdrückliche Klärung des Verhältnisses der Vorschriften über Exportkartelle (§ 6 in Verbindung mit § 9 Abs. 2 und § 12) zu der allgemeinen „Kollisionsnorm" des § 98 Abs. 2 Satz 1 ist erforderlich, um die in § 6 und in den §§ 11 und 12 vorgesehene Kontrolle von Ausfuhrkartellen sicherzustellen.
Der Bundesgerichtshof hat durch Beschluß vom 12. Juli 1973 (WuW/E/BGH 1276) festgestellt, daß das Kartellgesetz nur auf solche Exportkartelle anwendbar ist, die Auswirkungen auf Märkte innerhalb der Bundesrepublik Deutschland haben. § 98 Abs. 2 sei insofern die allen übrigen Vorschriften des Kartellgesetzes vorrangige Norm, die auch die Anwendung der Vorschriften über Exportkartelle in solchen Fällen ausschließt, in denen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen allein auf Auslandsmärkten auftreten.

Die gegenteilige, im Schrifttum vertretene Auffassung, wonach § 6 in Verbindung mit §§ 9 Abs. 2, 11 und 12 eine Kontrolle über alle Ausfuhrkartelle un-

abhängig von Auswirkungen im Inland ermöglichen soll, ist vom Bundesgerichtshof ausdrücklich zurückgewiesen worden.

Auf Grund dieser Rechtslage gilt die in § 9 Abs. 2 Satz 1 dem Wortlaut nach für alle Ausfuhrkartelle als Voraussetzung für ihre Wirksamkeit vorgesehene Anmeldepflicht nicht mehr für die Exportkartelle, bei denen sich keine Inlandsauswirkungen feststellen lassen. Eine kartellrechtliche Kontrolle unter den Kriterien des § 6 Abs. 1 und der Mißbrauchsaufsicht nach § 12 ist damit zumindest für diese sog. „reinen" Exportkartelle praktisch nicht mehr möglich. Aber auch die Überprüfung von Exportkartellen allgemein im Hinblick auf mögliche Inlandsauswirkungen und die Notwendigkeit einer Erlaubnis nach § 6 Abs. 2 ist bei dieser Rechtslage außerordentlich erschwert, denn die Unternehmen können die Anmeldung eines Exportkartellvertrages mit der Behauptung ablehnen, daß die Vereinbarung sich ausschließlich auf Auslandsmärkten auswirke.

Nach Auffassung der Bundesregierung ist es daher geboten, der besonderen Situation bei Exportkartellen dadurch Rechnung zu tragen, daß die Anwendbarkeit der einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes unabhängig von dem allgemeinen Geltungsbereich dieses Gesetzes gesetzlich geregelt wird.

Daher bestimmt der neue § 98 Abs. 2 Satz 2, daß für Ausfuhrkartelle im Sinne von § 6 Abs. 1 unabhängig von Inlandsauswirkungen die einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes Anwendung finden. Hieraus folgt, daß auch sog. „reine" Exportkartelle zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung bedürfen (§ 9 Abs. 2 Satz 1). Unterbleibt die Anmeldung, so ist der Kartellvertrag gemäß § 1 in jedem Falle nichtig, ohne daß es auf die Feststellung von Inlandswirkungen ankommt. Außerdem gilt der Bußgeldtatbestand des § 38 Abs. 1 Nr. 1. Ferner können auch reine Exportkartelle darauf überprüft werden, ob sie nach § 6 Abs. 1 „der Sicherung und Förderung der Ausfuhr dienen". Liegt dieses Merkmal, das keine Umschreibung des gesetzlichen Begriffs des Exportkartells, sondern eine gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung darstellt, nicht vor, so unterfallen auch die „reinen" Exportkartelle dem Kartellverbot des § 1. Schließlich ist durch die Neuregelung auch die Ausübung der Mißbrauchsaufsicht gemäß § 12 für alle Ausfuhrkartelle sichergestellt.

Die sich aus der Neuregelung ergebenden Verpflichtungen und Sanktionsmöglichkeiten gelten nur im Rahmen der allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätze. Schon daraus folgt, daß eine Anwendung der Bestimmungen auf „reine" Exportkartelle nur dann in Betracht kommt, wenn und soweit an dem Kartellvertrag Unternehmen mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland einschließlich des Landes Berlin beteiligt sind.

**Zu Artikel 1 Nr. 25**

a) Die Neufassung des § 100 Abs. 3 bewirkt eine Ausdehnung der Freistellung vom Preisbindungsverbot des § 15 auf zur Vermehrung bestimmte Tiere der nach dem Tierzuchtgesetz vom 20. April 1976 (BGBl. I S. 1045) als Zuchtunternehmen anerkannten Erzeugerbetriebe oder als Züchtervereinigungen anerkannten Vereinigungen von Erzeugerbetrieben. Voraussetzung ist, daß die Vermehrung in einem mehrstufigen Zuchtverfahren erfolgt. Dadurch wird eine Gleichbehandlung der mehrstufigen Tierzucht mit der Pflanzenzucht sichergestellt. Die Gleichbehandlung ist gerechtfertigt, weil im Bereich der Tierzucht mittlerweile ähnliche Zuchtmethoden entwickelt worden sind, wie im Bereich der Pflanzenzucht. Die Freistellung ist ausdrücklich beschränkt auf zur Vermehrung bestimmte Tiere. Zum Verbrauch bestimmte Tiere unterliegen weiterhin dem Preisbindungsverbot in § 15.

b) Die Neufassung des § 100 Abs. 6 trägt der Neufassung des § 100 Abs. 3 Rechnung.

c) Die Neufassung des § 100 Abs. 8 berücksichtigt zwischenzeitlich erfolgte Änderungen bei Gesetzen, auf die Bezug genommen wird.

**Zu Artikel 1 Nr. 26**

Die Änderung läßt § 102 im Prinzip unverändert, verbessert jedoch die Stellung der von den Wettbewerbsbeschränkungen in der Kredit- und Versicherungswirtschaft betroffenen Unternehmen und Verbraucher durch Einführung einer „Wartefrist" zwischen Anmeldung und Wirksamwerden der Wettbewerbsbeschränkung (Absatz 1 Nr. 2), einer Begründungspflicht bei der Anmeldung von Wettbewerbsbeschränkungen (Absatz 2 Satz 2), eine Publizitätspflicht (Absatz 3 Satz 1) und einer Anhörung der betroffenen Wirtschaftskreise (Absatz 3 Satz 4). Der Entwurf trägt damit den im Bericht der Bundesregierung über die Ausnahmebereiche des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen enthaltenen Verbesserungsvorschlägen zu § 102 (BT-Drucksache 7/3206 vom 4. Februar 1975) Rechnung.

Absatz 1 Satz 1 stellt klar, daß die Freistellung des § 102 auch für Empfehlungen im Sinne von § 38 Abs. 1 Nr. 11 gilt, und zwar unabhängig davon, ob sie von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen ausgesprochen werden.

Dabei ist davon auszugehen, daß die Freistellung des § 102 Abs. 1 für sämtliche bereits nach geltendem Recht freigestellten Unternehmen und Wettbewerbsbeschränkungen in unverändertem Umfang fortbesteht. Dies gilt auch für die in § 102 Abs. 3 der geltenden Fassung genannten Unternehmen. Die Übernahme dieser Vorschrift war jedoch insoweit entbehrlich, als die dort genannten Unternehmen — mit Ausnahme bestimmter, nur einer eingeschränkten Aufsicht unterstehender Rückversicherungsunternehmen — jetzt der Aufsicht nach den Vorschriften des Gesetzes über das Kreditwesen bzw. des Gesetzes über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen unterliegen und insofern § 102 Abs. 1 bis 4 unmittelbar für sie gelten. Für die genannten Rückversicherer, die von § 1 Absatz 2 des Gesetzes über die Beaufsichtigung der pri-

vaten Versicherungsunternehmungen erfaßt werden, stellt nunmehr § 102 Abs. 5 klar, daß auch insoweit die Freistellung Gültigkeit behält.

Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 bewirkt, daß die durch § 102 freigestellten Wettbewerbsbeschränkungen erst nach Ablauf einer Frist von drei Monaten seit Eingang der Anmeldung bei der Aufsichtsbehörde wirksam werden. Dadurch können die Interessen der betroffenen Wirtschaftskreise schon vor der Praktizierung zur Geltung gebracht werden. Änderungen lassen sich noch durchführen, bevor die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme durchgesetzt werden darf. Durch die Wartefrist erhält die im Absatz 3 Satz 4 vorgesehene Anhörung der Betroffenen zusätzliches Gewicht.

Absatz 1 Satz 2 stellt klar, daß auch nach Ablauf der Wartefrist die Anwendung der §§ 22, 26 und 102 Abs. 4 möglich bleibt und durch den Fristablauf die Mißbrauchsaufsicht für die Folgezeit nicht ausgeschlossen ist.

Absatz 1 Satz 3 nimmt Verträge im Sinne des § 15 und die für den Einzelfall vereinbarte gemeinsame Übernahme von Einzelrisiken im Mit- und Rückversicherungsgeschäft sowie im Konsortialgeschäft der Kreditinstitute von der Meldepflicht ausdrücklich aus und übernimmt damit weitgehend die Regelung des geltenden Rechts in § 102 Abs. 1 Satz 2 und 4.

Für die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von § 15 ist dies vor allem deshalb gerechtfertigt, weil sie in der Regel ihrem wesentlichen Inhalt nach gleichzeitig oder vorher Gegenstand der Prüfung einer horizontal wirkenden Empfehlung waren. Für die gemeinsame Übernahme von Einzelrisiken weicht der Entwurf insofern vom geltenden Recht ab, als in Zukunft nur noch fallweise Vereinbarungen von der Meldepflicht freigestellt sind, um eine verbesserte Transparenz in diesem Bereich zu gewährleisten.

Absatz 2 Satz 2 sieht eine Begründungspflicht für die gemeldeten Wettbewerbsbeschränkungen vor. Eine wirksame Mißbrauchsaufsicht nach § 102 Abs. 4 erfordert eine Übersicht über Ausmaß und Wirkungen der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkungen. Deshalb stellt Satz 2 klar, daß in jeder Meldung nach § 102 dargelegt werden muß, worin die Wettbewerbsbeschränkung im einzelnen besteht und aus welchen Gründen der Meldende sie für notwendig hält.

Absatz 2 Satz 3 bestimmt, daß die Anmeldung nur als bewirkt gilt, wenn sie vollständig ist. Das ist dann der Fall, wenn sie den von der Aufsichtsbehörde nach Absatz 2 Satz 1 festgelegten Inhalt hat und die nach Absatz 2 Satz 2 erforderliche Begründung für die Wettbewerbsbeschränkung enthält.

Absatz 3 Satz 1 verpflichtet die Kartellbehörde zur Bekanntmachung der nach Absatz 1 angemeldeten Wettbewerbsbeschränkungen. Nach geltendem Recht sind im Bereich der Kredit- und Versicherungswirtschaft nur Mißbrauchsverfügungen im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Der Satz 1 paßt die Anforderungen an die Publizität in diesem Bereich an das übrige Kartellrecht an, wo auch Anträge und Anmeldungen wettbewerbsbeschränkender Verträge, Beschlüsse oder Empfehlungen zu veröffentlichen sind (§ 10). Dadurch wird die Markttransparenz verbessert und eine weitere Möglichkeit für die betroffenen Wirtschaftskreise geschaffen, sich noch vor Wirksamwerden der Wettbewerbsbeschränkungen über deren Inhalt und Ausmaß zu unterrichten und Einwendungen gegenüber der Kartellbehörde oder der Aufsichtsbehörde zu erheben.

Absatz 3 Satz 2 regelt den Inhalt der Bekanntmachung.

Absatz 3 Satz 3 bestimmt, daß die Kartellbehörde bei der Bekanntmachung schutzwürdige Belange Dritter zu berücksichtigen hat. Sie kann diese Belange durch Gestaltung des Inhalts der Anmeldung berücksichtigen. Reicht das im Einzelfall nicht aus, kann sie die Bekanntmachung auf einen späteren Zeitpunkt verschieben. Genügt diese Verschiebung nicht, kann sie auch von der Bekanntmachung gänzlich absehen. Der Verzicht auf die Bekanntmachung oder deren Verschiebung ist auch in Bagatellfällen möglich, wo die Beschränkung des Wettbewerbs offensichtlich geringfügig ist.

Nach Absatz 3 Satz 4 soll die Kartellbehörde in der Regel innerhalb der Wartefrist den betroffenen Wirtschaftskreisen Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Von einer Anhörung kann z. B. in Bagatellfällen und bei Regelungen des rein technischen Bereichs abgesehen werden.

Absatz 3 Satz 5 berücksichtigt, daß es in bestimmten Fällen, z. B. aus Aufsichtsgründen oder währungs-, geld- oder kapitalmarktpolitischen Gründen, notwendig sein kann, die angemeldeten Wettbewerbsbeschränkungen zu einem bestimmten früheren Zeitpunkt vor Ablauf der Wartefrist anzuwenden. Dies kann auch der Fall sein, wenn es sich um Vorgänge handelt, die zwar eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen, in ihren Auswirkungen jedoch für die Marktgegenseite offensichtlich von Vorteil sind oder bei denen die Wettbewerbsbeschränkung offensichtlich geringfügig ist. In diesen Fällen stellt die zuständige Aufsichtsbehörde, gegebenenfalls auf Weisung des für die Währungs-, Geld- oder Kapitalmarktpolitik zuständigen Ministers, im Einvernehmen mit der Kartellbehörde fest, daß die Voraussetzungen des Absatzes 3 Satz 5 gegeben sind. Sie kann auch eine verkürzte Frist festlegen.

Der neue Absatz 4 entspricht im wesentlichen § 102 Abs. 2 der geltenden Fassung. Absatz 4 Satz 3 stellt klar, daß die zuständige Aufsichtsbehörde das Einvernehmen nur aus aufsichtsrechtlichen Gründen verweigern kann.

Absatz 5 stellt klar, daß auch diejenigen Rückversicherungsunternehmen, die nur einer beschränkten Versicherungsaufsicht unterliegen, der bisherigen Rechtslage entsprechend unter die Bereichsausnahme des § 102 fallen.

Absatz 6 bestimmt, daß sowohl in den Fällen des § 102 Abs. 3 Satz 5 (Anhörungsverzicht, Fristverkürzung) als auch des § 102 Abs. 4 Satz 2 (Mißbrauchsaufsicht) die Weisung des Bundesministers für Wirtschaft das fehlende Einvernehmen der zuständigen Behörden ersetzt. Angesichts der Zuordnung der Bundesaufsichtsämter zum Geschäftsbe-

reich des Bundesministers der Finanzen ergeht die Weisung in seinem Einvernehmen. Eine solche Regelung hatten der Bundesminister für Wirtschaft und der Bundesminister der Finanzen bereits Ende 1972 ressortintern getroffen (vgl. Bericht der Bundesregierung über die Ausnahmebereiche des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen — GWB —, BT-Drucksache 7/3206 vom 4. Februar 1975, Tz. 64).

**Zu Artikel 1 Nr. 27**

Durch § 103 Abs. 5 bis 7 wird die Mißbrauchsaufsicht für den Bereich der Versorgungswirtschaft wegen der dort bestehenden Besonderheiten speziell geregelt. Dabei entsprechen die Bestimmungen des § 103 Abs. 5 Satz 1 und § 103 Abs. 6 der Regelung des bisherigen § 104. Allerdings ist in § 103 Abs. 5 Satz 1 ausdrücklich klargestellt, daß im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht Sinn und Zweck der Freistellung der Verträge von Versorgungsunternehmen von den §§ 1, 15 und 18, insbesondere die Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung, zu berücksichtigen sind.

Der Schwerpunkt der Änderung liegt in § 103 Abs. 5 Satz 2. Durch ihn werden die Mißbrauchssachverhalte, die sich im Bereich der Versorgungswirtschaft als besonders regelungsbedürftig erwiesen haben, gesetzlich definiert. Dieser Beispielskatalog ist nicht abschließend. Vielmehr bleibt es in den Fällen, auf die die speziellen Bestimmungen des Absatzes 5 Satz 2 keine Anwendung finden, bei der Generalklausel des Absatzes 5 Satz 1 Nr. 1.

Die neue Regelung beruht wie die bisherige Vorschrift des § 104 Abs. 2 auf demselben Grundgedanken, der auch für die übrigen Mißbrauchsvorschriften des Gesetzes, insbesondere des § 22, maßgeblich ist, wonach die kartellbehördliche Mißbrauchsaufsicht das notwendige Korrektiv für eine durch Wettbewerb nicht wirksam kontrollierte Marktstellung ist. Wie bisher bedeutet ein Mißbrauch im Sinne auch des neuen § 103 Abs. 5 daher ein Verhalten, mit dem die sich aus der Beschränkung des Wettbewerbs ergebende Marktmacht mißbräuchlich ausgenutzt wird. Dies wird durch die unverändert übernommenen Worte „Mißbrauch der durch die Freistellung ... erlangten Stellung im Markt" zum Ausdruck gebracht. Ein Mißbrauch liegt daher nicht vor, wenn und soweit das Marktverhalten eines Versorgungsunternehmens trotz des Abschlusses eines Vertrages im Sinne von § 103 Abs. 1 im Einzelfall dennoch durch wirksamen Wettbewerb mit Substitutionsgütern, wie er auf dem Wärmemarkt stattfinden kann, besimmt wird, also Preise und Geschäftsbedingungen im Wettbewerb gebildet werden. Umfang und Intensität dieses Wettbewerbs können jedoch angesichts der Vielfalt möglicher Substitutionshemmnisse, insbesondere bei bereits angeschlossenen Abnehmern, nur im konkreten Einzelfall festgestellt werden.

Die Präzisierung des Mißbrauchsbegriffs dient der Erleichterung und damit Verbesserung des kartellbehördlichen Vollzugs in den Bereichen Elektrizität, Gas und Wasser. Gleichzeitig werden auf diese Weise die Voraussetzungen geschaffen, um die Befugnisse der Kartellbehörden und der Preisbehörden im Bereich der Strompreisaufsicht besser gegeneinander abzugrenzen. Die Bundesregierung hat hierzu in ihrer Stellungnahme zum ersten Hauptgutachten der Monopolkommission (Drucksache 8/702 Tz. 33) bereits darauf hingewiesen, daß es zweckmäßig erscheint, die preisrechtlichen Befugnisse auf den Tarifabnehmerbereich (Haushalt, Landwirtschaft und Gewerbe) zu konzentrieren und andererseits den Sonderabnehmerbereich durch Aufhebung der Preisstopverordnung von 1936 uneingeschränkt der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht zu unterstellen.

Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht nach § 103 findet keine Anwendung, soweit ein Verhalten auf Grund staatlicher Vorschriften zwingend vorgeschrieben oder behördlich genehmigt ist. Daher unterliegen die staatlich genehmigten Tarifpreise für Strom nicht der Kartellaufsicht.

Die Regelung des Absatzes 5 Satz 2 Nr. 1 geht im Ansatz davon aus, daß auch in monopolistisch strukturierten Bereichen der Versorgungswirtschaft Wettbewerbsgesichtspunkte nach Möglichkeit zum Tragen kommen sollen. Absatz 5 Satz 2 Nr. 1 erklärt daher ein Marktverhalten für mißbräuchlich, das den Grundsätzen zuwiderläuft, die für das Marktverhalten von Unternehmen bei wirksamem Wettbewerb bestimmend sind. Unter diesen Gesichtspunkten kommt eine Anwendung von Absatz 5 Satz 2 Nr. 1 z. B. dann in Betracht, wenn Geschäftsbedingungen von Versorgungsunternehmen in Sonderabnehmerverträgen in willkürlicher Weise zu Lasten der Abnehmer ausgestaltet sind, indem wirtschaftliche Risiken einseitig auf sie abgewälzt werden. Auch lassen sich solche Fälle erfassen, in denen die Preise für Strom, Gas oder Wasser zum Nachteil der Abnehmer in der Weise kalkuliert sind, daß Kosten, die jeweils in einem anderen Geschäftsbereich entstehen, Grundlage der Preisgestaltung des Versorgungsunternehmens sind.

Der Tatbestand des Absatzes 5 Satz 2 Nr. 2 stützt sich auf einen Vergleich mit Preisen oder Geschäftsbedingungen gleichartiger Versorgungsunternehmen. Dabei wird ein Mißbrauchsvorwurf nur dann begründet, wenn Preise und Bedingungen eines Versorgungsunternehmens in spürbarem Umfange von denen entsprechender Unternehmen abweichen. Absatz 5 Satz 2 Nr. 2 legt den Kreis der im Rahmen des Vergleichs von der Kartellbehörde zu berücksichtigenden Versorgungsunternehmen nicht abschließend fest. Angesichts der Vielfalt der Verhältnisse in der Versorgungswirtschaft obliegt es vielmehr der Beurteilung der Kartellbehörde, im jeweiligen Einzelfall die gleichartigen, für eine Vergleichsbetrachtung sachlich geeigneten Unternehmen zu bestimmen. Hierbei ist der Begriff „gleichartig" in demselben Sinne zu verstehen, wie in § 26 Abs. 2 Im Rahmen des Vergleichs wird die Kartellbehörde in erster Linie auf solche Unternehmen abstellen, deren Beschaffungs-, Erzeugungs- und Vertriebssituation im wesentlichen ähnlich gelagert sind. Sind auf Grund eines solchen Vergleichs spürbar höhere Preise oder ungünstigere Konditionen eines Versorgungsunternehmens festgestellt, so kann dieses den

Mißbrauchsvorwurf durch den Nachweis ausräumen, daß die Abweichung auf Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind. Hierdurch ist es z. B. im Strombereich möglich, der unterschiedlichen Kostensituation beim Einsatz unterschiedlicher Primärenergien Rechnung zu tragen. Auch die Berücksichtigung ungünstiger struktureller Gegebenheiten eines Versorgungsgebietes (z. B. geringe Abnehmerzahl bei langem Leitungsnetz) ist möglich. Hierbei ist jedoch besonders darauf zu achten, daß die Berücksichtigung der strukturellen Verhältnisse eines Versorgungsgebietes nicht zu einer ungerechtfertigten Konservierung ungünstiger Gebiets- und Unternehmensstrukturen führt.

Mit Absatz 5 Satz 2 Nr. 3 wird der Tatbestand des Mißbrauchs durch „unbillige Behinderung" bei der Verwertung von Energie wegen der Bedeutung solcher Mißbrauchssachverhalte für das Ziel einer rationellen Energieverwendung ausdrücklich gesetzlich geregelt. Hierdurch soll insbesondere sichergestellt werden, daß eine technisch mögliche und volkswirtschaftlich sinnvolle Nutzung der im industriellen Produktionsprozeß eingesetzten Primärenergien auch zur Stromerzeugung („Kraft-Wärme-Kopplung") nicht durch mißbräuchliche Behinderungspraktiken erschwert wird.

Absatz 7 stellt sicher, daß die Tatbestände des Absatzes 5 auch dann Anwendung finden, wenn die Machtstellung des Versorgungsunternehmens nicht auf der Freistellung, nach § 103 Abs. 1 beruht, sondern eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 22 sich aus sonstigen Umständen ergibt. Dabei wird durch die Verweisung auf den gesamten Absatz 5 einschließlich des Satzes 1 Nr. 1 deutlich, daß auch im Rahmen von Mißbrauchsverfahren nach § 22 die Gesichtspunkte der Sicherheit und Preiswürdigkeit der Versorgung zu beachten sind.

**Zu Artikel 1 Nr. 28**

Die Herausnahme der Mißbrauchsaufsicht über die Versorgungswirtschaft aus der der Regelung des § 104 ist eine Konsequenz der speziellen Regelung dieses Bereichs in § 103 Abs. 5, 6 und 7. Darüber hinaus ist die Vorschrift jetzt — ebenso wie die Vorschrift des § 12 Abs. 3 — ausdrücklich als „Kann"-Bestimmung formuliert worden. Damit wird wie schon in § 22 Abs. 5 und in der geltenden Fassung der §§ 38 a Abs. 3 und 102 Abs. 2 klargestellt, daß es im pflichtgemäßen Ermessen der Kartellbehörde steht, ob eine Mißbrauchsverfügung erlassen wird.

**Zu Artikel 1 Nr. 29**

Die Änderung des § 106 Abs. 2 beruht auf der Neufassung des § 102. Sie stellt sicher, daß die vor Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gültig zustande gekommenen Verträge und Beschlüsse der in § 102 Abs. 1 Satz 2 — auch in Verbindung mit Abs. 3 — alter Fassung bezeichneten Art weiterhin wirksam bleiben.

**Zu Artikel 2**

Artikel 2 ermächtigt den Bundesminister für Wirtschaft, das Gesetz in der durch Artikel 1 geänderten Fassung neu bekanntzumachen und dabei Unstimmigkeiten des Wortlauts zu bereinigen.

**Zu Artikel 3**

Artikel 3 enthält die sogenannte Berlinklausel.

**Zu Artikel 4**

Artikel 4 regelt das Inkrafttreten des Gesetzes. In Absatz 1 wurde ein rückwirkendes Inkrafttreten der Bestimmungen über die Zusammenschlußkontrolle aus folgenden Erwägungen vorgeschlagen:

In der Vergangenheit sind in wachsendem Umfang Großunternehmen durch Zusammenschluß in mittelständisch strukturierte Märkte eingedrungen. Dabei hat der Erwerb von Unternehmen mit bis zu fünfzig Millionen Deutscher Mark Jahresumsatz mehr als 40 % aller angezeigten Zusammenschlüsse ausgemacht. In zahlreichen Fällen wurden wettbewerbs- und gesellschaftspolitisch bedenkliche Strukturwirkungen insbesondere dadurch ausgelöst, daß Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Großunternehmen den Anstoß gaben für eine Kettenreaktion mit weiteren Konzentrationsvorgängen und der Beseitigung der Selbständigkeit vieler unabhängiger mittelständischer Unternehmen (vgl. im einzelnen Begründung zu § 23 a Abs. 1 Nr. 1 a und zu § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 des Entwurfs). Es ist zu erwarten, daß auf Grund des sogenannten Ankündigungseffekts des Entwurfs gerade Zusammenschlüsse dieser Art vorzeitig vollzogen werden, um den im Entwurf vorgesehenen erweiterten Kontrollmöglichkeiten zu entgehen. Es besteht die Gefahr, daß dadurch der Zweck des Entwurfs, hier die Voraussetzungen für eine wirksame Zusammenschlußkontrolle zu verbessern, vereitelt wird.

Da dieser Gefahr nicht auf andere Weise begegnet werden kann, ist eine Rückwirkung aus „zwingenden Gründen des allgemeinen Wohl" gerechtfertigt. Als Zeitpunkt des rückwirkenden Inkrafttretens ist . . . . . . vorgesehen. Das Vertrauen darauf, daß Zusammenschlüsse noch ohne die vorgesehene verbesserte Kontrolle stattfinden dürfen, ist mindestens von . . . . . . an nicht mehr schutzwürdig.

Durch den Absatz 2 der Vorschrift wird klargestellt, daß die rückwirkende Anwendung der Bußgeldvorschriften ausgeschlossen ist.

**Anlage 2**

## Stellungnahme des Bundesrates

1. **Artikel 1 Nr. 4** (§ 23 a)

   Artikel 1 Nr. 4 ist zu streichen.

   Begründung

   Die in § 23 a vorgesehenen Marktbeherrschungsvermutungen sollen die Kontrolle vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse, die nach geltendem Recht über die auf eine „überragende Marktstellung" abstellende Generalklausel des § 22 Abs. 1 Satz 1 GWB möglich ist, erleichtern. Im Gegensatz zu den für horizontale Zusammenschlüsse geltenden Marktbeherrschungsvermutungen des § 22 Abs. 3 GWB, die auf die Marktanteile abstellen, damit markt- und wettbewerbsbezogen und widerlegbar sind, ist für die vier neuen Vermutungstatbestände der Umsatz und damit die Unternehmensgröße alleiniges Kriterium. Die vorgesehenen Vermutungen lassen sich kaum widerlegen; die Unternehmensgröße wird damit zum Untersagungskriterium. Es handelt sich um materielle Rechtsänderungen, die grundsätzlich verhindern würden, daß große Unternehmen sich an Zusammenschlüssen beteiligen.

   Nach erst fünfjähriger Praxis mit der Fusionskontrolle liegen noch keine ausreichenden Erfahrungen über die Wirksamkeit des vorhandenen gesetzlichen Instrumentariums vor. Vor einer so einschneidenden und übereilten Gesetzesänderung sollten daher erst weitere Erfahrungen gesammelt werden. Die Entscheidung des BGH im Falle Fichtel & Sachs/GKN zeigt, daß § 22 Abs. 1 Satz 1 GWB eine durchaus brauchbare Handhabe für die Zusammenschlußkontrolle im vertikalen und konglomeraten Bereich bietet.

2. **Artikel 1 Nr. 5** (§ 24 Abs. 8)

   In § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 sind die Worte „zwei Millionen Deutscher Mark" durch die Worte „zehn Millionen Deutscher Mark" zu ersetzen.

   Begründung

   Die Änderung der Anschlußklausel wird grundsätzlich begrüßt. In der vorgesehenen Fassung würde § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 jedoch die unerwünschte Folge haben, daß notwendige und eilbedürftige Sanierungsfusionen für kleine Unternehmen verhindert würden.

3. **Artikel 1 Nr. 8 Buchstabe b** (§ 26 Abs. 2 Satz 3)

   Die Bundesregierung wird gebeten, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob eine Beweiserleichterung für die Feststellung von „Abhängigkeit" nicht nur für das Untersagungsverfahren des § 37 a Abs. 2 GWB, sondern auch für das Verfahren über Schadensersatzansprüche vorgesehen werden kann.

   Begründung

   Verfahren gemäß § 26 Abs. 2 GWB i. V. m. § 35 GWB zählen zu den häufigsten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten des Kartellrechts, wobei die Frage der Beurteilung der „Abhängigkeit" gemäß § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB erhebliche tatsächliche Schwierigkeiten bereitet. Eine Erstrekkung der im Entwurf vorgesehenen gesetzlichen Vermutung auf die bürgerlich-rechtlichen Schadensersatzprozesse würde eine bedeutende Erleichterung des gerichtlichen Verfahrens mit sich bringen.

4. **Artikel 1 Nr. 9 Buchstabe a** (§ 35 Abs. 2)

   In § 35 Abs. 2 ist vor den Worten „den Schaden zu ersetzen" das Wort „auch" einzufügen.

   Begründung

   Klarstellung des Gewollten. Der neue Absatz 2 gewährt keinen neuen Anspruch, sondern regelt nur den Umfang des Anspruchs nach Absatz 1.

5. **Artikel 1 Nr. 9 Buchstabe b** (§ 35 Abs. 3)

   Nummer 9 Buchstabe b ist wie folgt zu fassen:

   ,b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3 und erhält folgende Fassung:

   „(3) In den Fällen des Absatzes 1 kann ein Anspruch auf Unterlassung auch geltend gemacht werden

   1. von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen,
   2. von rechtsfähigen Verbänden, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen, wenn sie in diesem Aufgabenbereich tätige Verbände oder mindestens fünfundsiebzig natürliche Personen als Mitglieder haben. Diese Verbände können den Anspruch auf Unterlassung nur geltend machen, soweit der Verstoß wesentliche Belange der Verbraucher berührt." '

   Begründung

   Gemäß dem geltenden Absatz 2 des § 35 GWB, der nach dem Entwurf Absatz 3 werden soll, steht in den in Absatz 1 genannten Fällen eines

Verstoßes gegen das GWB oder gegen eine auf Grund dieses Gesetzes von der Kartellbehörde oder dem Beschwerdegericht erlassene Verfügung die Befugnis zur Erhebung von Unterlassungsklagen nur den Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen zu. Im Gegensatz zu den vergleichbaren Regelungen des § 13 Abs. 1 a UWG und des § 13 Abs. 2 Nr. 1 des AGB-Gesetzes haben Verbraucherverbände bisher keine entsprechende Klagebefugnis. Dieser aus der Gesetzesgeschichte erklärbare Unterschied ist sachlich nicht gerechtfertigt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb es Verbraucherverbänden verwehrt sein soll, unabhängig von der Kartellbehörde gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorzugehen, soweit diese — wie z. B. ein Preiskartell — wesentliche Belange der Verbraucher berühren. Zumindest für diese Fälle ist deshalb auch Verbraucherverbänden die Klagebefugnis einzuräumen. Die zu Absatz 3 Nr. 2 vorgeschlagenen Voraussetzungen der Klagebefugnis entsprechen der Regelung des § 13 Abs. 2 Nr. 1 des AGB-Gesetzes sowie der in Artikel 1 Nr. 5 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (BR-Drucksache 226/78) vorgeschlagenen Fassung des § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG.

6. **Artikel 1 Nr. 11** (§ 37 b)

In § 37 b Abs. 1 Satz 2 ist das Zitat „§ 35 Abs. 2" durch das Zitat „§ 35" zu ersetzen.

Begründung

Nach der Fassung des Entwurfs sind auf den an die Kartellbehörde abzuführenden Mehrerlös Schadensersatzleistungen nur nach § 35 Abs. 2 n. F. anzurechnen. Mit Schadensersatzansprüchen nach § 35 Abs. 1 GWB soll dagegen offenbar kein Ausgleich stattfinden. Dies ist nicht verständlich, da § 37 b GWB n. F. seinem Wortlaut nach eine Vorteilsabschöpfung auch nach der Unanfechtbarkeit einer Verfügung gemäß § 22 Abs. 5 GWB und § 103 Abs. 6 GWB n. F. zuläßt. Die nach § 37 b Abs. 1 Satz 2 GWB n. F. auszugleichende Schadensersatzleistung nach § 35 Abs. 2 bezieht sich (vgl. die Begründung des Entwurfs) jedoch nur auf den Zeitraum vom Erlaß der Verfügung der Kartellbehörde bis zu ihrer Unanfechtbarkeit bzw. bis zu einer unanfechtbaren Feststellung nach § 70 Abs. 3 GWB n. F. Ein Ausgleich der Vorteilsabschöpfung für die nach Unanfechtbarkeit eingetretenen Vorteile mit Schadensersatzansprüchen aus dieser Zeit wäre nach der geplanten Regelung also nicht möglich. Ein Grund für die sonach denkbare Doppelbelastung des zuwiderhandelnden Unternehmens ist nicht erkennbar.

7. **Artikel 1 Nr. 27** (§ 103 Abs. 5 Satz 2)

Es wird gebeten, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob die in § 103 Abs. 5 Satz 2 des Gesetzentwurfs vorgesehene Aufzählung typischer Mißbrauchstatbestände nicht wie folgt erweitert werden sollte:

„4. ein Versorgungsunternehmen sich weigert, eine seiner Verfügung unterliegende Versorgungsleitung im Rahmen des ihm wirtschaftlich zumutbaren einem anderen Unternehmen zum Zwecke der Durchleitung zur Verfügung zu stellen."

Begründung

Ein Hindernis für anstrebenswerten Wettbewerb in der Versorgungswirtschaft ist die Tatsache, daß billigere Energie häufig deswegen nicht an einen Nachfrager geliefert werden kann, weil hierzu entweder der Bau einer Leitung erforderlich wäre oder die Leitung eines anderen Versorgungsunternehmens in Anspruch genommen werden müßte, in dessen Versorgungsgebiet der Nachfrager liegt. Der Bau einer neuen Leitung wird im allgemeinen zu kostspielig sein; die Durchleitung durch fremde Leitungen scheitert häufig am fehlenden Einverständnis des Eigentümers der Leitung.

Die mißbräuchliche Verweigerung der Durchleitung gegenüber einem Unternehmen wird nicht bereits von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 des Gesetzentwurfs erfaßt; denn mit dieser Vorschrift soll nur die unbillige Behinderung der Verwertung von in eigenen Anlagen erzeugter Energie, nicht aber die Behinderung des Bezugs fremder Energie untersagt werden.

8. **Artikel 4**

Der Bundesrat ist der Auffassung, daß eine eventuelle Rückwirkung nicht auf einen Zeitpunkt vor der Verabschiedung des Gesetzes durch den Deutschen Bundestag vorgesehen werden sollte.

Die vorgesehenen Änderungen der Vorschriften über die Fusionskontrolle sind so einschneidend und kompliziert, daß der Wirtschaft eine zu weitgehende Rückwirkung nicht zugemutet werden kann. Es muß ihr vielmehr ausreichend Gelegenheit gegeben werden, ihr zukünftiges Verhalten den neuen Bestimmungen, deren endgültige Fassung sich erst im Laufe der parlamentarischen Beratungen abzeichnet, anzupassen.

**Anlage 3**

# Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates

**Zu 1.** (Artikel 1 Nr. 4 — § 23 a —)

Dem Streichungsvorschlag des Bundesrates vermag die Bundesregierung nicht zuzustimmen.

Die Bundesregierung widerspricht der Auffassung des Bundesrates, nach erst fünfjähriger Praxis mit der Fusionskontrolle lägen noch keine ausreichenden Erfahrungen über die Wirksamkeit des vorhandenen Instrumentariums vor. Die Ausführungen der Monopolkommission in ihrem 2. Hauptgutachten belegen eindrucksvoll die Notwendigkeit weiterer Verbesserungen im Bereich der Fusionskontrolle und werten die Novellierungsvorschläge des Regierungsentwurfs ausdrücklich als „sachgemäße Ergänzung des geltenden Rechts". In diese ihre positive Wertung bezieht die Kommission ausdrücklich auch solche Regelungen mit ein, zu denen sie weitergehende Vorstellungen entwickelt hat.

Nach Ansicht der Bundesregierung haben die bisherigen Erfahrungen im Bereich der vertikalen und konglomeraten Konzentration deutlich gemacht, daß die Fusionskontrolle hier nur unzulänglich funktioniert. Schwierigkeiten sind vor allem deshalb entstanden, weil der Nachweis der Untersagungsvoraussetzungen oft nicht zu führen war, obwohl die Zweite Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch Einführung der Ressourcenbetrachtung horizontale, vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse hinsichtlich der Negativwirkungen grundsätzlich gleichgestellt hatte. Die Tatsache, daß für vertikale und konglomerate im Gegensatz zu den horizontalen Zusammenschlüssen keine entscheidungserleichternden Vermutungen bestehen, hat jedoch dazu geführt, daß in der Praxis bei der gesetzlich vorgeschriebenen Ressourcenbetrachtung letztlich doch wieder den Marktanteilen die entscheidende Bedeutung beigelegt wurde, obwohl der Gesetzgeber bei der Feststellung einer überragenden Marktstellung eines Unternehmens „insbesondere", wie es in § 22 Abs. 1 Nr. 2 heißt, auf seine Ressourcen abstellen wollte.

Dies gilt auch für die Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Fall Fichtel & Sachs/GKN (WUW/E BGH 1506), auf die der Bundesrat mit dem Argument verweist, daß bereits das geltende Recht eine brauchbare Handhabe für die Zusammenschlußkontrolle im vertikalen und konglomeraten Bereich biete. Diese Entscheidung anerkennt zwar im Grundsatz die Ressourcenbetrachtung. Sie wird jedoch im Ergebnis dadurch wieder relativiert, daß der Bundesgerichtshof wesentlich auf den Aspekt der Marktnähe und die Tatsache, daß der Zusammenschluß im „wettbewerblichen Umfeld" stattfindet, abgehoben hat. Letztendlich hält er damit doch wieder an einer Art Marktanteilsbetrachtung, wenn auch im erweiterten Sinne, als ausschlaggebendem Beurteilungskriterium bei vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen fest. Für die Marktwirkung derartiger Zusammenschlüsse kommt es jedoch entscheidend auf den erheblichen Zuwachs an bloßem Potential an. Die Frage, ob, wie und wo die Unternehmen ihre Ressourcen im Rahmen ihrer ohnehin nicht vorhersehbaren Marktstrategie tatsächlich einsetzen, ob die Tatsache eines Markterweiterungszusammenschlusses einen solchen Einsatz nahelegt oder nicht, diese Fragen sind für die Entmutigungswirkungen, die von dem Zuwachs an Finanzkraft auf die weniger finanzstarken aktuellen und potentiellen Wettbewerber ausgehen, von zweitrangiger Bedeutung. Die Bundesregierung hält deshalb die vorgeschlagenen Vermutungen nach wie vor für erforderlich.

Die Bundesregierung vermag sich auch nicht die Ansicht des Bundesrates zu eigen zu machen, die neuen Vermutungen für die Fusionskontrolle würden den Umsatz und damit die Unternehmensgröße zum alleinigen unwiderleglichen Untersagungskriterium erheben, seien deshalb nicht markt- und wettbewerbsbezogen und bewirkten eine materielle Rechtsänderung, „die grundsätzlich verhindern würde, daß große Unternehmen sich an Zusammenschlüssen beteiligen".

Es trifft zwar zu, daß bei den neuen Vermutungen der Umsatz der jeweils beteiligten Großunternehmen eine wichtige Rolle spielt. In ihrer Begründung zum Gesetzentwurf hat die Bundesregierung darauf hingewiesen, daß die Wahl des Umsatzes und damit die Unternehmensgröße als ein wesentliches Vermutungskriterien gerechtfertigt ist, weil bereits die disproportionale, nach außen sichtbar werdende Unternehmensgröße an sich zu Risiken für den Wettbewerb führt. Damit wird jedoch der Markt- und Wettbewerbsbezug der Fusionskontrolle nicht aufgegeben. Dies kommt bereits darin zum Ausdruck, daß sich die Vermutungen auf den schon im geltenden Recht enthaltenen Begriff der Entstehung oder Verstärkung einer „überragenden Marktstellung" beziehen. Die Vermutungen müssen also stets im Kontext mit den jeweils betroffenen konkreten Märkten gesehen und auf diese bezogen werden. Dieser Marktbezug ist auch in den Vermutungen selbst enthalten. So erschöpft sich die Mittelstandsmarktvermutung (§ 23 a Abs. 1 Nr. 1 a) nicht etwa in der bloßen Statuierung einer Umsatzgrenze für das erwerbende Unternehmen. Die Zielrichtung der Vermutung wird vielmehr durch weitere marktbezogene Kriterien (kleine und mittlere Unternehmen mit einem Marktanteil von mindestens zwei Dritteln, mindestens fünf Prozent Marktanteil bei den am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen) noch näher konkretisiert. Auch bei der Vermutung für die Verbindung von überragenden Ressourcen mit Marktmacht (§ 23 a Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) ist der Umsatz nicht alleiniges Kriterium. Für die Vermutung für Großzusammenschlüsse (§ 23 a Abs. 1 Nr. 2) hat die Bundesregierung in der Be-

gründung zum Gesetzentwurf darauf hingewiesen, daß bei der Anwendung die Umstände auf den jeweiligen relevanten Märkten mit heranzuziehen sind. Eine isolierende, die konkreten Marktverhältnisse ignorierende Verabsolutierung der Umsatzgröße ist mit den Vermutungen also nicht verbunden.

Bei den Marktverhältnissen setzen auch die Widerlegungsmöglichkeiten ein. Wird im Einzelfall nachgewiesen, daß die konkreten Marktverhältnisse gegen die Erwartung der Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktstellung durch den Zusammenschluß sprechen, so sind die Vermutungen widerlegt, auch wenn sämtliche ihrer Voraussetzungen erfüllt sind. In der Begründung zum Gesetzentwurf sind bereits einige Fallkonstellationen enthalten, bei deren Vorliegen die Vermutungen in der Regel widerlegt sein dürften. Angesichts der Vielfalt der wirtschaftlichen Verhältnisse wird die Widerlegung der Vermutung jedoch immer einzelfallbezogen erfolgen müssen. Die Praxis der Kartellbehörden und Gerichte wird hierzu weitere Anhaltspunkte entwickeln. Vor diesem Hintergrund ist mit den neuen Vermutungen eine Unwiderlegbarkeit und damit eine im Ergebnis auf ein Fusionsverbot für Großunternehmen hinauslaufende materielle Rechtsänderung nicht verbunden.

**Zu 2.** (Artikel 1 Nr. 5 — § 24 Abs. 8 —)

Die Bundesregierung begrüßt es, daß der Bundesrat das Vorhaben der Änderung der Anschlußklausel grundsätzlich positiv bewertet. Sie folgert daraus, daß auch der Bundesrat die Gefahren für die Wettbewerbsordnung sieht, die mit dem Vordringen von Großunternehmen in mittelständisch strukturierte Bereiche unter Ausnutzung der geltenden Fassung der Anschlußklausel verbunden sind. Diese wettbewerbspolitischen Risiken hatten seinerzeit auch die Monopolkommission veranlaßt, in ihrem 1. Hauptgutachten die vollständige Streichung der Anschlußklausel vorzuschlagen. Die Kommission hat diesen ihren Streichungsvorschlag, der erheblich weiter geht als der Regierungsentwurf, in ihrem nunmehr vorliegenden 2. Hauptgutachten erneut bekräftigt.

Die Bundesregierung verkennt nicht, daß die von ihr vorgeschlagene Freistellungsgrenze von zwei Millionen Deutscher Mark bei Anschlüssen von kleinen Unternehmen an Umsatzmilliardäre — wie jedes Zahlenkriterium — ihre Problematik hat. Eine Anhebung der Freistellungsgrenze von zwei auf zehn Millionen Deutsche Markt hält die Bundesregierung jedoch für bedenklich.

Sie weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß das Schwergewicht der Übernahmen kleiner und mittlerer Unternehmen eindeutig unterhalb der vom Bundesrat vorgeschlagenen Grenze von zehn Millionen Deutscher Mark lag. Knapp drei Viertel der Zusammenschlußfälle, die auf Grund der Anschlußklausel nicht kontrollpflichtig waren, entfielen auf diesen Bereich.

Wettbewerbspolitisch bedenklich ist diese Tatsache vor allem deshalb, weil als Erwerber nahezu ausschließlich Umsatzmilliardäre auftraten, deren Vordringen in bisher mittelständisch strukturierte Märkte oft Folgefusionen ausgelöst und zahlreiche kleine und mittlere Unternehmen zur Aufgabe ihrer Selbständigkeit gezwungen hat. Würde die Freistellungsgrenze entsprechend dem Vorschlag des Bundesrates auf zehn Millionen Deutsche Mark angehoben, blieben die Aufkaufaktivitäten der Großunternehmen weiterhin weitgehend kontrollfrei. Der Prozeß der Verschlechterung der Marktstrukturen durch Großunternehmen zu Lasten der kleinen und mittleren Unternehmen könnte sich nahezu ungehindert fortsetzen.

Die Bundesregierung hat durchaus gesehen, daß eine vollständige Einbeziehung sämtlicher Anschlüsse an Umsatzmilliardäre in die Fusionskontrollpflicht zu einem unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand und zur Prüfung wettbewerblich weitgehend irrelevanter Bagatellfälle führen würde. Sie hat deshalb die Freistellungsgrenze von zwei Millionen Deutsche Mark vorgeschlagen, um unnötigen Prüfungsaufwand zu vermeiden. Über 90 v. H. aller deutschen Unternehmen bleiben dadurch bei Anschlüssen an Umsatzmilliardäre außerhalb des Kontrollbereichs. Die Grenze ist so gewählt, daß etwa zwei Drittel der bisher kontrollfreien Anschlüsse an Umsatzmilliardäre in Zukunft kontrollpflichtig sind. Bei der vom Bundesrat vorgeschlagenen Grenze von zehn Millionen Deutsche Mark wäre demgegenüber nur wenig mehr als ein Viertel dieser Fälle erfaßt. Im übrigen muß nach Auffassung der Bundesregierung gesehen werden, daß eine Ausdehnung des fusionskontrollpflichtigen Bereichs nicht mit einem Fusionsverbot verwechselt werden darf. Auch ist nach den bisherigen Erfahrungen mit der Fusionskontrollpflicht keine ungebührliche Verzögerung in Sanierungsfällen verbunden. Das Bundeskartellamt hat in derartigen Fällen schon innerhalb von wenigen Stunden entschieden. Die Befürchtung des Bundesrates, die Änderung der Anschlußklausel in der vorgesehenen Fassung könnte deshalb „notwendige und eilbedürftige" Sanierungsfusionen für kleine Unternehmen verhindern, ist nach Auffassung der Bundesregierung vor diesem Hintergrund nicht gerechtfertigt. Bestünde sie zu Recht, so würde sie auch gegen die vom Bundesrat befürwortete Grenze von zehn Millionen Deutsche Mark sprechen.

**Zu 3.** (Artikel 1 Nr. 8 Buchstabe b — § 26 Abs. 2 Satz 3 —)

Die Bundesregierung hält eine ausdrückliche gesetzliche Erstreckung der in § 26 Abs. 2 Satz 3 vorgesehenen Vermutung für die Abhängigkeit von Anbietern auf bürgerlich-rechtliche Schadensersatzprozesse — wie sie in der Prüfungsempfehlung angeregt wird — für problematisch. Durch eine zivilprozessual wirksame Vermutung würde die Beweislast — anders als im Verwaltungsverfahren nach § 37 a GWB, in dem die Vermutung lediglich den Charakter eines Aufgreiftatbestandes hat — in jedem Falle zu Lasten des nachfragenden Unternehmens umgekehrt, ohne daß ihm zur Aufklärung der relevanten Umstände die den Kartellbehörden im Rahmen des Amtermittlungsverfahrens eingeräum-

ten Befugnisse zur Verfügung stünden. Dies könnte zu rechts- und wettbewerbspolitisch nicht vertretbaren Ergebnissen führen. Das Fehlen einer ausdrücklichen Beweislastregelung für den Bereich des Zivilprozesses schließt im übrigen nicht aus, daß die Zivilgerichte den in § 26 Abs. 2 Satz 3 enthaltenen Grundgedanken auch bei der Beweiswürdigung in zivilrechtlichen Schadensersatzprozessen berücksichtigen.

**Zu 4.** (Artikel 1 Nr. 9 Buchstabe a — § 35 Abs. 2 —)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

**Zu 5.** (Artikel 1 Nr. 9 Buchstabe b — § 35 Abs. 3—)

Die Bundesregierung wird den Vorschlag des Bundesrates im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens prüfen.

**Zu 6.** (Artikel 1 Nr. 11 — § 37 b —)

Die Bundesregierung stimmt diesem Vorschlag zu.

**Zu 7.** (Artikel 1 Nr. 27 — § 103 Abs. 5 Satz 2 —)

In der Prüfungsempfehlung des Bundesrates wird die Einfügung eines weiteren Mißbrauchstatbestandes in § 103 Abs. 5 Satz 2 zur Diskussion gestellt, mit dem die Verweigerung einer wirtschaftlich zumutbaren „Durchleitung" von Energie durch fremde Versorgungsleitungen generell als Mißbrauch der durch die kartellrechtliche Freistellung von Demarkations- und Konzessionsverträgen erlangten Stellung eines Versorgungsunternehmens im Markt qualifiziert wird.

Zur Frage der „Durchleitung" hat die Bundesregierung in der Zweiten Fortschreibung des Energieprogramms auf die energiewirtschaftliche Bedeutung hingewiesen, die sie einer alle Seiten befriedigenden partnerschaftlichen Lösung der Durchleitung beimißt. Sie versteht hierunter nicht nur Durchleitung im Rahmen stromwirtschaftlicher Zusammenarbeit zwischen Elektrizitätswirtschaft und Industrie. Auch innerhalb der öffentlichen Elektrizitätsversorgung sowie in der Gaswirtschaft können Durchleitungsprobleme auftreten. Die Bundesregierung ist der Meinung, daß gesetzliche oder sonstige administrative Maßnahmen nur dann in Betracht gezogen werden sollten, wenn partnerschaftliche Lösungen zu keinem Erfolg führen.

Hinsichtlich eines speziellen Mißbrauchstatbestandes der Verweigerung einer Durchleitung, wie er in der Empfehlung des Bundesrates angeregt wird, bestehen aus der Sicht der Bundesregierung Zweifel, ob die Mißbrauchsaufsicht des § 103 GWB von ihrem Wesen her einen so generellen Ansatzpunkt für die sowohl aus energiewirtschaftlichen Gründen als auch zur Förderung der Wettbewerbselemente in der Versorgungswirtschaft angestrebte Verbesserung der Durchleitungsmöglichkeiten bilden kann. Die Mißbrauchskontrolle des § 103 GWB ist das notwendige Regulativ für die kartellrechtliche Zulassung der in § 103 Abs. 1 aufgeführten wettbewerbsbeschränkenden Verträge, bei deren mißbräuchlicher Ausnutzung die Kartellbehörde den Zustand herstellen kann, der ohne diese Wettbewerbsbeschränkungen bestehen würde. Hierdurch kann den Wettbewerbern auch die Möglichkeit eröffnet werden, die Energieversorgung in einem Gebiet, insbesondere mittels eigener Leitungen, aufzunehmen. Demgegenüber geht es bei der Durchleitung und der Rechtmäßigkeit ihrer Verweigerung in erster Linie um die Frage der Begrenzung des ausschließlichen Benutzungsrechts, das jedem Eigentümer — auch von Versorgungsleitungen — unabhängig vom Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung grundsätzlich zusteht.

Daher dürfte es nicht möglich sein, die bloße Weigerung eines Versorgungsunternehmens, anderen Konkurrenzunternehmen die ihm wirtschaftlich zumutbare Benutzung eigener Betriebsanlagen, nämlich der Leitungswege, zu gestatten, in jedem Fall als Mißbrauchstatbestand zu qualifizieren. Allerdings kann die Verweigerung der Durchleitung je nach den Umständen eine „unbillige Behinderung" und damit einen Mißbrauch darstellen. Solche Fälle wären jedoch im Strombereich im wesentlichen bereits durch den in § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 des Regierungsentwurfs vorgeschlagenen Mißbrauchstatbestand erfaßt, denn die dort geregelte Behinderung bei der „Verwertung" von Energie kann sich auch auf Fälle der unbilligen Verweigerung von Durchleitungen erstrecken. Im übrigen könnten solche Sachverhalte gegebenenfalls unter den umfassenden Mißbrauchsbegriff des § 103 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 des Regierungsentwurfs subsumiert werden.

**Zu 8.** (Artikel 4)

Die Bundesregierung teilt die Auffassung des Bundesrates, daß die Rückwirkung der Bestimmungen über die Zusammenschlußkontrolle auf einen Zeitpunkt vorgesehen werden sollte, der den Unternehmen ausreichend Gelegenheit gibt, ihr zukünftiges Verhalten den neuen gesetzlichen Regelungen anzupassen.